

00781

19
2º.

*Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
División de Estudios de Posgrado.*

“SISTEMA JURIDICO DEL COMMON LAW.”

*Tesis que para optar al grado de Doctor en Derecho, presenta el
Licenciado José de Jesús López Monroy.*

253893

México, D. F., Ciudad Universitaria. 1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



A mi padre, Profesor José
López Alarés, por su
inmenso grado de
comprensión.

ÍNDICE

PREFACIO	1
✓ "SISTEMA JURÍDICO DEL "COMMON LAW"	7
✓ I.- Introducción.....	7
✓ II.- Vinculación entre el common law inglés y el norteamericano.....	8
* PRIMERA PARTE	13
I.-HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS.....	14
Sumario	14
II.- PRIMERA ÉPOCA, ÉPOCA ANGLOSAJONA.....	16
III.- SEGUNDA ÉPOCA	17
a) LAS FORMAS DE ACCIÓN	20
b)LOS CONCILIOS.....	28
c) LOS AVANCES DE LA CARTA MAGNA POR EL REY JUAN.....	29
d) CLASIFICACIÓN HISTÓRICA DE LAS ACCIONES EN EL "COMMON LAW".....	30
e) CONCLUSIÓN	34
f) LA FILOSOFÍA MEDIEVAL INGLÉSA.....	34
CUADRO COMPARATIVO DE LOS DOS TIPOS DE ACCIÓN.....	37
IV.- TERCERA ÉPOCA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INGLÉS.....	37
a).- BLACKSTONE Y BENTHAM.....	44
V.- CUARTA EPOCA	48
* SEGUNDA PARTE	51
CATEGORÍAS DEL DERECHO INGLÉS	52
I.- COMMON LAW Y EQUITY	55
II.- PARLAMENTARISMO	57
III.- ACCIONES DEL "COMMON LAW"	61
IV.- PROPIEDAD INMOBILIARIA.....	62
a) EL SISTEMA FEUDAL NORMANDO.....	64
b) SUCESIÓN HEREDITARIA DE LA TIERRA.....	68
c) QUIEN TIENE LA POSESIÓN SERVICIO Y LA HEREDAD DE LAS TIERRAS SOLARIEGAS.....	70
d) ENAJENACIÓN DE LA TIERRA.....	71
e) CLASIFICACIÓN DE LOS USOS EN EL DERECHO INGLÉS.....	74
f) LA PROPIEDAD ENTENDIDA COMO DURACIÓN ILIMITADA.....	75
g) DERECHOS FEUDALES DE LA PROPIEDAD.....	76
h) EL DOMINIO DE DERECHOS EN HEREDEROS LIMITADOS	77
i) VIUEDAD Y CORTESIA.....	78
j) ARRENDAMIENTO FINANCIERO (THE LEASEHOLD ESTATE).....	82
k) LA ACCIÓN DE EJECUCIÓN.....	85
l) TESTAMENTO SOBRE TIERRAS.....	86
m) SUCESION ANGLOSAJONA Y TESTAMENTOS.....	88
n) LOS TESTAMENTOS DE LA EPOCA DE GUILLERMO EL CONQUISTADOR.....	89
o) LA HERENCIA EN VIDA COMO PRACTICA INGLESA	90
p) LAS LEYES DEL SIGLO XVI QUE SE ADAPTARON A LOS SISTEMAS FEUDALES.....	92
q)LOS MODERNOS "TRUST" Y TESTAMENTOS.....	93
V.- TORTS.....	95
a) EL ANTIGUO COMMON LAW	97
b)LAS ACCIONES NOMINADAS DEL TRESPASS.....	98
c) LAS ACCIONES DE TRESPASS INNOMINADAS.....	99
d)TEORIAS DE LA RESPONSABILIDAD BAJO EL WRIT OF TRESPASS.....	99
e) Conclusión.....	102
VI.- CONTRACTS.....	103

1). GARANTIAS DEL CONTRATO	105
2).- ACCIONES DEL COMMON LAW ALREDEDOR DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.	105
a) ACUERDO	106
b) DEUDA	107
c) LAS ACCIONES RELATIVAS A LAS MERCANCIAS.	109
d) ACCIONES CONTABLES	109
e) TRANSFORMACIÓN DE LAS ACCIONES CONTRACTUALES.	111
f) "LA MEZCLA DE LAS ACCIONES DELICTUALES APLICADAS AL CONTRATO".	112
g) VENTA DE EFECTOS EN LA EPOCA MODERNA.	115
h) GARANTIAS MODERNAS.	116
i) LAS ACCIONES ALREDEDOR DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.	117
j) EL CONTRATO ENTENDIDO COMO CAMBIO DE CONSENTIMIENTO.	120
k) EXTENSION DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ABARCANDO EL CUASICONTRATO.	120
l) TRANSFORMACIONES A LA LUZ DE LA ECONOMIA ACTUAL.	122
VII.- LA CONTRATACION MODERNA EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.	124
a).- DERECHO DE LOS CONTRATOS	124
b).- LA FORMACION DEL CONTRATO.	128
c) LA "CONSIDERATION"	130
d) CONTENIDO Y DESARROLLO GENUINO DEL CONTRATO.	132
e) EL PROBLEMA CENTRAL; LAS CLAUSULAS IMPLICITAS.	133
f) LOS EFECTOS DE LA OBLIGACION CONTRACTUAL.	135
g) LAS ACCIONES CONTRACTUALES EN LAS CORTES DE JUSTICIA.	138
VIII.- VOCABULARIO EN EL DERECHO INGLÉS.	139
I.- TRUSTS	142
a) DEFINICIÓN.	143
b) CLASIFICACIÓN	144
c) LOS TRUST PÚBLICOS.	146
2.- PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO INGLÉS.	147
* PRIMERA PARTE. PROCEDIMIENTO CIVIL.	148
a) PROCEDIMIENTO ANTE LAS CORTES DEL CONDADO.	148
b) LA EJECUTOREIDAD DE LOS JUICIOS DE LAS CORTES DEL CONDADO.	150
c) PROCEDIMIENTO CIVIL EN LA DIVISION DEL RAMO DE LA REINA, (QUEEN'S BENCH DIVISION).	151
d) COMPARECENCIA DEL DEMANDADO.	152
e) EL PROCEDIMIENTO ANTE LA HIGH COURT.	155
* SEGUNDA PARTE	156
III-EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL	156
a) CLASIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES.	158
b) PROSECUCIÓN.	159
c) PROSECUCIÓN PRIVADA.	160
d) INICIACION DE UN PROCESO CRIMINAL	160
e) FIANZA:	161
f) EL JUICIO POR OFENSAS GRAVES.	162
g) SENTENCIA.	163
h) PROCESO DE ENCARCELAMIENTO.	163
i) JUICIO BAJO ACUSACIÓN.	165
j) CRITICA AL SISTEMA DE JURADO.	169
k) PRUEBA DEL SISTEMA: EVIDENCIA.	169
IX.- EL DERECHO FUNDADO EN EL "CASE LAW".	171
* TERCERA PARTE	174
FUENTES DEL DERECHO INGLÉS.	174
I.- FUENTES DEL DERECHO INGLÉS.	174

a) JURISPRUDENCIA.....	176
b) "CRIMINAL COURTS".....	178
c) CORTE DE APELACIÓN.....	179
d) TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.....	181
II.-LAS FUENTES DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO ACTUAL.....	183
a) LA FUERZA DEL PRECEDENTE EN LA ÉPOCA ACTUAL.....	185
b) RAZONES:.....	187
III.-LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO LEGISLADO.....	188
IV.- LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.....	189
* LIBRO SEGUNDO.....	192
EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.....	192
EL DERECHO ANGLOAMERICANO.....	192
PRIMERA PARTE.....	192
I.-EL DERECHO ANGLOAMERICANO.....	193
a) LA HISTORIA DEL "COMMON LAW".....	194
b).- LA CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES EN EL "COMMON LAW".....	195
II.-LAS FUENTES DEL COMMON LAW EN ESTADOS UNIDOS.....	201
1.- DECISIONES JUDICIALES.....	201
a) EN GENERAL.....	201
b) DECISIONES DE LAS CORTES FEDERALES.....	202
c) DECISIONES DE LAS CORTES ESTATALES.....	203
2.-PRECEDENTE.....	205
a) MÉTODO PARA BUSCAR EL PRECEDENTE:.....	205
b). REPORTES ANOTADOS.....	206
III.-OTRAS FUENTES DEL COMMON LAW.....	208
a)UNA FUENTE SINGULAR DEL DERECHO NORTEAMERICANO.....	208
La Constitución los Estados Unidos.....	208
b) CONSTITUCIONES ESTATALES.....	209
c) LEGISLACIÓN FEDERAL.....	209
d)LEGISLACIÓN ESTATAL Y LOCAL.....	211
e) DECISIONES DE LA CORTE.....	213
f) (ADMINISTRATIVE REGULATIONS AND DECISIONS) REGULACIONES Y DECISIONES ADMINISTRATIVAS.....	214
g) EL FEUDALISMO Y LA CARTA MAGNA DEL REY JUAN SIN TIERRA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORTEAMERICANO.....	216
IV.- LA DOCTRINA DE "STARE DECISIS".....	219
V.-FORMALISMO Y REALISMO.....	221
* LIBRO SEGUNDO.....	226
* SEGUNDA PARTE.....	226
EL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	226
HISTORIA DEL DERECHO NORTEAMERICANO.....	226
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	226
HISTORIA.....	229
I.- PRIMER PERIODO, PERIODO COLONIAL.....	230
CONCLUSIÓN.....	233
II.-SEGUNDO PERIODO:.....	233
INDEPENDENCIA.....	233
III.- TERCER PERIODO LA EXPERIENCIA DE LA CONFEDERACIÓN.....	237
IV.- CUARTO PERIODO, LA FEDERACIÓN.....	238
V.- QUINTO PERIODO.....	242
a)LA EXPANSIÓN DE LOS PIONEROS.....	242
b)GUERRA DE SECESIÓN.....	244
VI.- SEXTO PERIODO.....	246
LA EXPANSIÓN Y LA LIMITACIÓN DEL LIBERALISMO.....	246
VII.-SEPTIMO PERIODO.....	247

	CONFLICTOS MODERNOS Y CAMBIOS SOCIALES.....	247
X	LIBRO SEGUNDO.....	249
	TERCERA PARTE.....	249
	CATEGORÍAS DEL DERECHO NORTEAMERICANO.....	249
	INTRODUCCIÓN.....	249
	I.-CONSTITUCIONALISMO.....	253
	II.-LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS EXAMINADA A LA LUZ DE SU ECONOMÍA.....	255
	III.- PODERES RESERVADOS A LOS ESTADOS.....	257
	IV.- PODERES COMPARTIDOS TANTO POR EL CENTRAL COMO POR LOS LOCALES.....	258
	V.- PODERES PROHIBIDOS A LOS ESTADOS.....	258
	VI.- ANALISIS CONCRETO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE IMPUESTOS EN EL ORDEN FEDERAL.....	259
	Antecedentes en el Parlamentarismo.....	259
	VII.-EL CONTROL CONSTITUCIONAL.....	263
	VIII.-INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.....	265
	IX.-LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN.....	270
	La separación de poderes.....	270
	X.- EI DEBIDO PROCESO DE DERECHO.....	272
	XI.-LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.....	275
	a.- DEFINICIÓN.....	276
	b) NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE LIBERTADES INDIVIDUALES.....	276
	c) SURGIMIENTO ACTUAL DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.....	277
	d)PROCESO POLÍTICO.....	278
	e) MÉTODOS DE DEFENSA.....	281
	f) CLASIFICACIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.....	282
	XII.-LA CLÁUSULA DE PROTECCIÓN IGUALITARIA DEL DERECHO (EQUAL PROTECTION OF THE LAW).....	284
	XIII.-LAS JURISDICCIONES, FEDERAL, ESTATAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL.....	286
	a) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO O CONFLICTO DE LEYES.....	288
	b) LAS DECISIONES Q UE SE DERIVAN DE LOS TEXTOS LEGALES Y LAS QUE SURGEN DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	291
X	LIBRO SEGUNDO.....	295
	CUARTA PARTE.....	295
	LAS FUENTES DEL DERECHO. NORTEAMERICANO.....	295
	I.- LA DECISIÓN JUDICIAL.....	296
	II.- ORGANIZACIÓN JUDICIAL FEDERAL.....	297
	III.- JURISDICCIONES LOCALES.....	298
	IV.- SELECCIÓN DE LOS JUECES LOCALES.....	301
X	LIBRO SEGUNDO.....	305
	QUINTA PARTE.....	305
	COMISIONES ADMINISTRATIVAS.....	305
	I.- CODE.....	307
	II.- INVESTIGACION Y PUBLICIDAD.....	307
	III.- FRANQUICIAS Y LICENCIAS.....	308
	IV.- INSPECCIÓN.....	308
	V.- DECISIONES JUDICIALES.....	309
	VI.- LEGISLACIÓN Y COMISIONES ADMINISTRATIVAS.....	309
	VII.- EL CARACTER MIXTO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS.....	313
	VIII.- HISTORIA DE LAS AGENCIAS.....	313
	IX.- RAZONES DE LA EXISTENCIA DE LAS AGENCIAS.....	316
	X.- TIPOS DE CONTROL.....	319
	XI.- ANALISIS CONCRETO DE LAS COMISIONES MÁS IMPORTANTES.....	323

1.- INTER STATE COMMERCE COMMISSION.....	323
a)LOS PRESUPUESTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.....	324
2.- COMISION DE COMERCIO FEDERAL (FEDERAL TRADE COMMISSION).....	326
a)PROCEDIMIENTOS.....	332
OBJETIVOS DE LA COMISI3N.....	334
3.- TERCERA COMISI3N ADMINISTRATIVA	337
"LA FEDERAL RESERVE SISTEM" Y LA "SECURITY AND EXCHANGE COMMISSION".....	337
XII.- LAS ORGANIZACIONES FINANCIERAS.....	339
XIII.- OBJETIVOS DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.....	340
XIV.- LAS COMPAÑIAS DE TRUSTS.....	347
XV.- LA REGULACI3N DE LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS.....	348
XVI.- LA REGULACI3N DE LA EMISI3N DE VALORES.....	349
XVII.- LOS MERCADOS DE VALORES Y MERCANCIAS.....	352
X CONCLUSIONES	355
X BIBLIOGRAFIA.....	358

"COMMON LAW"

The dissertation analyzes the inception, development, categories and sources of the British and the American legal system.

Both laws rose from ignorance, historically one from a king of Normandy and the other from immigrants with little legal knowledge that resulted in a very sophisticated set of laws, sometimes with an excessive formality, that gave rise to a separate legislation, the so-called "equity" which can be defined as the search for the truth within its practical reasoning.

In the USA, in addition to the differentiation between "Common Law" and "Equity", a new distinction is made between federal and local jurisdictions based on the factual British attitude toward its colonies.

Interspersed in these jurisdictions that constitute the "Case Law", a practical philosophy is widely developed in England as a basis for the experimentalism doctrine. The USA was capable of sustaining its modern development through scientific inventions that lead to its "height".

The relationship with other countries has made it possible for the USA to prepare a modern "legislated law" although in what refers to its interpretation and international relations its practical attitude leads to a continuous development restricted nevertheless to prudent court decisions taken.

SISTEMA JURÍDICO DEL COMMON LAW

PREFACIO

En estas primeras letras pretendo explicar la razón por la cual quise hacer un estudio de un Derecho "Angloamericano" y cual es el método que pretendí aplicar en el estudio tanto del Derecho Inglés como del Derecho Norteamericano. Mi interés por explicar la materia principió cuando consideré necesario que mis alumnos mexicanos estudiaran lo que entonces se decía, un "Sistema Jurídico Anglosajón", la denominación era equivocada, pues como veremos en la historia del Derecho Inglés, el período anglosajón es anterior al surgimiento del "*Common law*". Pretendía lograr que mis alumnos entendieran el mecanismo del Derecho en los Estados Unidos. Inmediatamente comprendí que este derecho no podía entenderse si no se estudiaba el Derecho Inglés.

La obra del maestro Francés René David en sus Sistemas Jurídicos Contemporáneos distinguía con una claridad meridiana tres partes en cada uno de ambos derechos. Principiaba con una Historia, seguía con una Estructura y Fuentes. Efectivamente aplique el método en el análisis del Derecho Inglés, sólo que estime que la segunda parte denominada Estructura, debía de llamarse Categorías; para invocar de este modo un sistema filosófico que la Historia y la filosofía han denominado "Realismo". Efectivamente Aristóteles se separa del "idealismo" de su maestro cuando escribe las Categorías.

En el análisis del Derecho propiamente norteamericano era imposible sujetarme a las tres partes, pues si bien es cierto que puede

estudiarse la historia de los Estados Unidos de Norteamérica y hablarse de las fuentes, puede sostenerse que el Derecho Norteamericano en ciertos aspectos profundiza más sus raíces; en tanto que en otros, tiene una originalidad.

La tesis de que el Derecho Norteamericano profundiza en sus raíces feudales es del jurista Roscoe Pound que en su "Espíritu del *Common Law*" sostuvo y con razón que el Derecho de los Estados Unidos heredó el Feudalismo Medieval y lo conserva a través de su fórmula constitucional.

Por las razones anteriores, en el análisis del Derecho de los Estados Unidos principio con las fuentes y estudio una fuente singular: la Constitución; procuro enseguida explicar la antigua doctrina del precedente que en los Estados Unidos tiene una originalidad. Sólo después se estudia la historia y las categorías del Derecho Norteamericano.

En la última parte, como hemos mencionado se abordan las Categorías del Derecho Norteamericano y concluimos el estudio con un análisis de lo que podría llamarse Derecho Administrativo de los Estados Unidos, que es sólo una muestra del manejo de las Comisiones en los Estados Unidos.

No me pareció adecuado asimilar el derecho de los Estados Unidos a una producción similar a la de nuestra familia Romano Germánica. En este estudio se evita el análisis del sistema de "precedentes" y la "*ratio decidendi*". Esto hubiera llevado algunos años y la necesidad de radicar en medio del ambiente anglosajón; al escribir estas notas solamente pretendo que alguno o algunos de los que han

sido mis alumnos y de los que sean en lo futuro, Dios sólo lo sabe, tengan la posibilidad de un estudio en medio del ambiente norteamericano, sólo de este modo podremos ser capaces de entender a nuestros vecinos.

Repito no me parece que sea un camino adecuado el estudio de los resúmenes de los precedentes sin embargo hay una magnífica obra escrita en español, de Peter Hay denominada "Introducción al Derecho de los Estados Unidos" en donde pueden encontrarse un resumen de las decisiones, a mi entender no podría profundizarse en este Derecho Norteamericano si no se tiene una introducción, siquiera sea elemental del estudio del "*common law*" y la "*equity*".

“SISTEMA JURÍDICO DEL “COMMON LAW”.

Sumario: I.- Introducción; II.- Vinculación entre el “common law” inglés y el norteamericano.

I.- Introducción.

Tradicionalmente en México la materia ha sido impartida y las notas escritas en forma de libro en primer lugar por el Dr. Rabasa, insigne jurisconsulto mexicano que al efecto escribió el “Derecho Angloamericano”. Cuatro décadas después el Sr. Dr. Eugenio Ursúa Coke escribió:¹ “Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón”² El primero de los catedráticos mencionados enlaza la explicación del Derecho Angloamericano atendiendo a un método histórico y de Instituciones que tienen similitud con el Derecho Romano; la explicación de las acciones procesales es estupenda y pretende encontrar semejanzas con la familia Romano Germánica.

El Dr. Ursúa Coke aplica desde la primera lección el método propio del Derecho Anglosajón “*Method Case*”, catalogando las instituciones en un estilo similar al Romano Germánico. René David en su obra “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, indica y con razón que no es posible utilizar el término anglosajón pues este pertenece a los elementos tribales de formación de Inglaterra; el fenómeno jurídico

¹ Oscar Rabasa, *Derecho Angloamericano*, F. C. E. 1era. edición. México. 1946.

² Ursúa Coke Eugenio, *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*, Edit. Porrúa, México 1984

³ René David, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, s. n. e. Edit. Aguilar , Madrid 1964. p423

de Inglaterra y Estados Unidos, es preferible llamarlo con el uso de las siglas "*Common Law*".

Así mismo el jurista francés ha seguido un método comparativista que consiste en exponer alrededor del Derecho Inglés y del Norteamericano tres partes a saber, la Historia, Estructura y Fuentes. El estudiante tendrá como camino fácil a seguir el del citado maestro francés, pero podrían utilizarse las grandes obras de los juristas mexicanos que he mencionado.

II.- Vinculación entre el common law inglés y el norteamericano.

El decano de juristas norteamericano Roscoe Pound en su obra el "*Espíritu del Common Law*"⁴ manifiesta que el *Common law* norteamericano surgió de la ignorancia de los propios colonos. Estos carecían de asesores jurídicos y no tuvieron más remedio que repetir las estructuras del Derecho Inglés en sus dos jurisdicciones, tanto en la del "*Common law*", juicio oral ante jurado que se inicia con un juramento, como en la jurisdicción de la "*equity*", juicio escrito que se caracteriza por intentar descubrir la verdad de los hechos.

Cuando en los Estados Unidos se reproducen las dos jurisdicciones, los caracteres del "*common law*" Inglés se acentúan en forma sobresaliente. Podríamos mencionar siguiendo a Pound que las épocas más contemporáneas se asemejan a las más antiguas y encontrar cómo esos caracteres del "*common law* Inglés" se acrecientan enormemente en el Derecho Norteamericano.

de Inglaterra y Estados Unidos, es preferible llamarlo con el uso de las siglas "*Common Law*".

Así mismo el jurista francés ha seguido un método comparativista que consiste en exponer alrededor del Derecho Inglés y del Norteamericano tres partes a saber, la Historia, Estructura y Fuentes. El estudiante tendrá como camino fácil a seguir el del citado maestro francés, pero podrían utilizarse las grandes obras de los juristas mexicanos que he mencionado.

II.- Vinculación entre el common law inglés y el norteamericano.

El decano de juristas norteamericano Roscoe Pound en su obra el "*Espíritu del Common Law*"⁴ manifiesta que el *Common law* norteamericano surgió de la ignorancia de los propios colonos. Estos carecían de asesores jurídicos y no tuvieron más remedio que repetir las estructuras del Derecho Inglés en sus dos jurisdicciones, tanto en la del "*Common law*", juicio oral ante jurado que se inicia con un juramento, como en la jurisdicción de la "*equity*", juicio escrito que se caracteriza por intentar descubrir la verdad de los hechos.

Cuando en los Estados Unidos se reproducen las dos jurisdicciones, los caracteres del "*common law*" Inglés se acentúan en forma sobresaliente. Podríamos mencionar siguiendo a Pound que las épocas más contemporáneas se asemejan a las más antiguas y encontrar cómo esos caracteres del "*common law* Inglés" se acrecientan enormemente en el Derecho Norteamericano.

En primer lugar recuérdese que en el siglo XVII, cuando los jueces de Inglaterra fueron requeridos para comparecer ante el Rey Jacobo y éste insistía en establecer para el gobierno de la Iglesia Anglicana un tribunal que conociera de asuntos, Sir Edward Coke como presidente del tribunal de causas comunes, ordenó la supresión del tribunal dictando un "*Writ of prohibition*" "alegando la supremacía del Derecho y que el rey no podía inventar un tribunal con ignorancia de los asuntos temporales. Se alegó entonces por la mayoría, la prerrogativa real al indicarse que los jueces no eran más que delegados del Rey, a lo cual Coke contestó, por los jueces que según el "*common law*" no podían resolver ninguna causa personalmente, sino que los casos deberían resolverse en un tribunal de justicia según el Derecho. "Repuso el Rey, Yo creía que el Derecho estaba fundado en la Razón y que yo y otros la tenemos tanto como los jueces"; no lo negó Coke; pero si les hizo saber que los procesos que se referían, a la vida, herencia y patrimonio no se resolvían por "razón natural" sino por la "razón artificial" y el juicio de lo que es Derecho, pues éste es un arte que requiere mucho estudio y experiencia, antes que un hombre pueda alcanzar a conocerlo"⁴. Desde luego Coke fue destituido del puesto que ocupaba, pero dejó establecido desde entonces que el derecho está por encima del Monarca. Esta argumentación democrática subsiste en la colonias inglesas. Lograda la Independencia; los colonos supieron alegar, que si algún Congreso de algún Estado, pretendía disponer de la propiedad de cualesquiera de los ciudadanos; estos tendrían derecho de acudir al Juez local, pues no se le podía privar de la vida, de la libertad, posesiones y derechos,

⁴ Roscoe Pound, El Espíritu del Common Law, Barcelona España, 1956.p.29-30

⁵ Tomado de R. Pound en el Espíritu del Common Law. Ob. Cit. Pág. 78.

sino mediante juicio seguido ante sus iguales, (Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos).

La actitud del monarca, volviendo a Inglaterra, se asemeja a lo que las monarquías europeas alegaron como "razón de Estado". El Rey, celoso guardián de los intereses sociales pretendió privar a los particulares de la competencia de sus tribunales, pero Coke y los suyos, alegaron la superioridad del Derecho, por encima de las arbitrariedades del Monarca.

La Doctrina de "*Supremacy of Law*"⁶, tiene fundamento feudal en la idea en que sobre el monarca y el súbdito, existe un contrato que implica derechos y deberes recíprocos, y este feudalismo, renació en la organización judicial de Estados Unidos y protege el Derecho, por encima de los congresos; y por consecuencia, de los Ejecutivos locales correspondientes.

Una segunda acentuación acaeció en las colonias norteamericanas y en las primeras épocas de la Independencia de los Estados Unidos. Los colonos norteamericanos, se consideraban pioneros "*pioneers*" palabra intraducible que significa la posibilidad de ensancharse hacia el oeste ganando tierras. Es obvio que en esta búsqueda de nuevas tierras, se cometieron tropelías, los fraudes de doble venta de tierras, engaños se sucedieron unos tras otros. Entonces nació en los Estados Unidos, la idea de buscar la verdad, de intentar conocer la realidad en sus hechos, la jurisdicción de la equidad, con su "*discovery orders*", buscó y ventiló, ante tribunales y juicios donde no se pretendía la verdad formal, sino la sustancial. El

⁶ Traduzco, "supremacía del Derecho".

avance de los pioneros o exploradores en las nuevas tierras, exigió la necesidad de establecer un orden. La búsqueda de la justicia y la verdad, hizo renacer la jurisdicción de la equidad. Nació en Inglaterra en la época de los Tudors, cuando los términos procesales envejecieron y las acciones o *writs* del antiguo *common law*, se petrificaron.

La tercera institución que se asentó en los Estados Unidos independientes, es todavía más antigua y responde a una idea feudal de ausencia de soberanía.

El imperio romano, al acrecentarse las fuerzas del Emperador, se auto justificó con la idea del Cónsul, pues Augusto no se consideraba otra cosa, que un protector de la República. Los poderes se acrecieron cada vez más, en merma de otras fuentes del Derecho. La Constitución Romana clásica exigió un equilibrio entre la majestad del pueblo, la autoridad del Senado y el imperio de los Cónsules. Cuando uno de éstos se convirtió en Emperador, el equilibrio fue roto. Con el paso de los años, el emperador aumentó su poder e hizo surgir la noción de Soberanía, entendida ésta como poder de hecho.

El máximo desarrollo acaece en Bizancio, cuando se llega a la fórmula, "*quod principi placuit legis habet vigorem*", lo que el príncipe desea, eso tiene fuerza de ley y, "los jueces no tienen, más función que aplicar las leyes del Emperador".⁷

⁷ Digesto: i.r, pr, D, de constitutionibus, I, 4.(Digesto T. I. Introducción. Tit. 4-I Edición. A. Dor's Pamplona1968.

El Imperio Romano de Oriente desemboca en la noción de soberanía, alrededor de la figura del Emperador que buscará el bienestar y ampliará el desarrollo del Imperio.

Los Reyes europeos que surgen en el feudalismo, no son más que un señor entre señores, es decir, un señor entre sus iguales. La monarquía incipiente de Europa, es una monarquía regulada por el Derecho Natural. El pacto entre súbditos y Monarca es un contrato que admite la rescisión, en caso de que el Monarca no cumpla con la palabra. Esta idea ausente de soberanía, y que funda la unidad de los reinos en la justicia y el derecho, es reproducida en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, donde no se menciona la palabra soberanía, donde se coloca el control de la constitucionalidad en el poder más débil, aquél que hace el derecho fundado en la razón, el Poder Judicial.

Se puede decir, que la máxima, de que el "*common law*" es un Derecho fundado en la razón, ha tenido su florecimiento en Estados Unidos cuando, coloca en el Poder Judicial la función de vigilar el Constitución. La constitucionalidad no consiste en otra cosa, que en dejar el "*common law*" en la vigilancia de los Estados miembros y delegar ciertos poderes a la federación.

LIBRO PRIMERO: DERECHO INGLÉS.

PRIMERA PARTE

Sumario: I.- Historia del derecho Inglés; II.- Primera Época; Época anglosajona; III.- Segunda Época: a) las formas de acción; b) los Concilios; c) los avances de la Carta Magna por el Rey Juan; d) Clasificación Histórica de las acciones en el “Common Law”; e) conclusión; f) la filosofía medieval inglesa. IV.- Tercera época del desarrollo del derecho Inglés; a).- Blakstone y Bentham; V.- Cuarta época.

Para los juristas Ingleses, el continente europeo recibió hasta tres romanizaciones.

La primera ocurre cuando Roma invade las Galias, y si bien fue política romana mantener el Derecho Local (*ius personarum*) la romanización se inicia con el “*ius latii*”, que abarcó el derecho de comerciar, el de contraer nupcias, el testamentario y la posibilidad de demandar al ciudadano romano.

La segunda influencia de Roma, acaece en la Baja Edad Media, cuando se redescubre el *Corpus Iuris*. El comentario a éste da surtimiento a la escuela de los glosadores y posglosadores, (*mos Italinus* y *mos gallicus*). Este último, en su desarrollo actual, da origen al “*usus modernus pandectarum*”.

La tercera romanización sucede en la época de las codificaciones, donde se vuelve a analizar la jurisprudencia romana, para aplicarla substantivamente a los derechos europeos.

Nada de esto acaece en el Derecho Inglés. El "*common law*", que tuvo surgimiento en Inglaterra en el siglo XI, se elabora con fórmulas procesales y aunque modernamente estas formas procesales se abolieron, subsisten judicialmente, "las formas nos siguen gobernando, desde sus tumbas"⁸

El estudioso tendrá que reflexionar primero en el desarrollo histórico del Derecho Inglés, enseguida deberá observar las categorías que existan en el sistema inglés para iniciarlo en el conocimiento del mismo, una tercera parte estudiará las fuentes del Derecho Inglés, concluyendo con un análisis de su régimen parlamentario actual.

I.-HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS.

Sumario

- I.- Época anglosajona
- II.- La Conquista normanda
- III.- Surgimiento y desarrollo del "*Common Law*".
- IV.- La Carta Magna de 1215.
- V.- La labor de Eduardo I.
- VI.- Los estatutos de Westminster.

⁸ R. David, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* Maitland. pág. 250.

VII.- Las Cortes Reales y nacimiento de la "equity".

VIII.- El derecho de los estatutos.

IX.- Blackstone y Bentham.

X.- Los cambios de siglo XIX.

XI.- "The Judicature Act".

XII.- Modificaciones recientes al sistema jurídico inglés.

Estos hechos históricos serán, analizados, dentro de un englobamiento de cuatro etapas, también denominadas partes.

Debe advertirse primeramente, que el "Common Law" Inglés, no tiene como ámbito de aplicación a toda la Gran Bretaña, ni exclusivamente sólo a una parte de ésta, pues, en efecto, de la Gran Bretaña solamente se abarca el "common law" a la parte propiamente Inglesa, suprimiendo en consecuencia de su ámbito, la parte norte de la isla; sólo se aplica además en la sección norte de Irlanda y queda en consecuencia excluida Escocia y la Isla de Man. Este "common law" no tiene su campo únicamente en Inglaterra, pues obviamente se ha extendido primero a Estados Unidos y enseguida a Canadá, a la India y a Australia. Rene David señala que no sólo "ha sido Inglaterra su cuna, sino que todavía sigue siendo el Derecho Inglés su modelo".⁹

Ordinariamente se habla de cuatro períodos en la historia del Derecho en Inglaterra, siendo el primero el que se denomina con

⁹ René David. Op. Cit. p. 241

acierto, la etapa anglosajona. El segundo se refiere a la conquista normanda y al nacimiento del *common law* (1066 al 1432); la tercera etapa suele denominarse del apogeo del "*common law*" y de nacimiento de la "*Equity*" y finalmente la última etapa abarcaría lo que se llama el Derecho Inglés Contemporáneo esto es de 1873 a la fecha.

II.- PRIMERA ÉPOCA, ÉPOCA ANGLOSAJONA.

Este período abarcaría desde la prehistoria, hasta la conquista normanda del siglo XI. Puede con justicia, denominarse época anglosajona y, comprende a más de las invasiones que sufrió la isla dando lugar a la formación de siete reinos (septocracia), la influencia de Roma que de hecho es militar y finalmente el desarrollo de un Derecho, que podríamos calificar de feudal.

La Isla tuvo diversas invasiones, entre las cuales se cuenta desde luego la más antigua, la de los celtas, que se mantuvo como sustrato.

A ésta invasión, la siguieron la de los anglos, hutos y sajones. Formáronse entonces siete reinos: Kent, Sussex, Essex, Wessex, East Anglia, Northumbria y Mercia.

La penetración romana dura cuatro siglos, a partir de Claudio, en el siglo I hasta el siglo V, abarcando la conversión al cristianismo de los anglosajones en la época de San Agustín de Canterbury, fuera ya de la influencia romana, en el año de 596.

Como en el resto de Europa, la cristianización dio nacimiento a las primeras producciones jurídicas escritas. Así asistimos a la formación de las Leyes de Edilberto, Rey de Kent hacia el año 600; las

acierto, la etapa anglosajona. El segundo se refiere a la conquista normanda y al nacimiento del *common law* (1066 al 1432); la tercera etapa suele denominarse del apogeo del "*common law*" y de nacimiento de la "*Equity*" y finalmente la última etapa abarcaría lo que se llama el Derecho Inglés Contemporáneo esto es de 1873 a la fecha.

II.- PRIMERA ÉPOCA, ÉPOCA ANGLOSAJONA.

Este período abarcaría desde la prehistoria, hasta la conquista normanda del siglo XI. Puede con justicia, denominarse época anglosajona y, comprende a más de las invasiones que sufrió la isla dando lugar a la formación de siete reinos (septocracia), la influencia de Roma que de hecho es militar y finalmente el desarrollo de un Derecho, que podríamos calificar de feudal.

La Isla tuvo diversas invasiones, entre las cuales se cuenta desde luego la más antigua, la de los celtas, que se mantuvo como sustrato.

A ésta invasión, la siguieron la de los anglos, hutos y sajones. Formáronse entonces siete reinos: Kent, Sussex, Essex, Wessex, East Anglia, Northumbria y Mercia.

La penetración romana dura cuatro siglos, a partir de Claudio, en el siglo I hasta el siglo V, abarcando la conversión al cristianismo de los anglosajones en la época de San Agustín de Canterbury, fuera ya de la influencia romana, en el año de 596.

Como en el resto de Europa, la cristianización dio nacimiento a las primeras producciones jurídicas escritas. Así asistimos a la formación de las Leyes de Edilberto, Rey de Kent hacia el año 600; las

elaboradas cuatro siglos más tarde, por el rey danés Canuto, en la primera mitad del siglo XI. La importancia que tiene ésta última producción, se advierte porque el Derecho deja de ser un "ius personarum", para convertirse en una ley territorial.

III.- SEGUNDA ÉPOCA

El segundo período comprende el nacimiento del "*common law*" y su desarrollo inicial.

Acaeció que en el año de 1066, un Rey normando recibe por las Leyes Sáficas, el reinado de Inglaterra. Este Rey fue Guillermo el Conquistador, que como heredero de la tradición francesa, ignoraba las costumbres inglesas y desconocía el idioma del pueblo que iba a reinar.

Guillermo el Conquistador, tuvo una triple idea genial siendo la primera, la formación de un Consejo que le ayudase a gobernar. Este Consejo recibió el nombre de "*Curia Regis*".

La idea responde a una profunda concepción de la filosofía medieval. La realización de un acto de voluntad, exige la deliberación por Consejo. El Monarca se rodeó de un conjunto de hombres eminentes, que versados en el conocimiento de la manera de ser de los anglosajones, le aconsejasen con buen acierto.

La segunda concepción es todavía más importante, pues el Rey Guillermo decide averiguar cual es la "*commune lay*", expresión francesa que después fue traducida al inglés como "*common law*". Para averiguar la verdad de la manera de ser de anglos y sajones,

ideó la formación de tribunales que buscaran en cada caso concreto, cual era esa "*commune lay*". Los procesos deben ventilarse ante doce vecinos del reino, que sean los iguales de las partes que se están juzgando y con esto se da nacimiento al juicio por jurado.

La conquista normanda todavía tuvo un tercer acierto y éste consiste en que la distribución de la tierra y el reconocimiento de las propiedades no constituyó un feudo, de manera que no pudo surgir del reconocimiento de la tierra, un baronazgo que pudiese rivalizar con el poderío del Rey. A partir del año 1086, el "*Homes Day*" hace referencia a la distribución de los quince mil dominios que reciben el nombre de "manors" y que queda definida como "*house*", "*dwelling*", "*seat or residens*"¹⁰. (casa, morada o residencia).

Esta distribución implica un carácter militar organizado y así el sistema feudal inglés, no permite que el barón rivalice en poderío con el Monarca.

La influencia del conquistador normando, hace que las primeras producciones jurídicas sean en dialecto normando, y que, para la denominación de los conceptos jurídicos fundamentales se utilice el lenguaje latino (*Law French and Latin Language*), de aquél resulta una definición del *common law*, pues podríamos decir que la "*commune lay*" o "*common law*", es el Derecho común de toda Inglaterra opuesta a las costumbres locales de cada reino. (Más no el derecho común del sistema europeo).

¹⁰ "In Englis Law, the manor was originally a tract of land granted out by the King to a lord of other great person, in fee" cfr. Blak's Dictionary, 5th. edit Minnesota 1979, p. 868

Los tribunales feudales reciben el nombre de "*County Courts*" o "*Hundred Cort*" (hundred es una subdivisión del condado) que aplicaba las costumbres locales y que decidía de acuerdo con éstas costumbres, cual de las partes debería establecer lo bien fundado de sus obligaciones, sometiéndose a un medio de prueba francamente arcaico. Este medio de prueba, comprendía lo que se llamaron los Juicios de Dios, que fundamentalmente eran tres.

El Juicio por Juramento o "*Trial by Oath*", donde los litigantes presentaban un enorme grupo de personas para dar fe de los hechos; no había sanción para quien declarara falsamente y por consecuencia, triunfaba el que era avalado por el mayor número de vecinos.

El segundo método era el Juicio por Ordalías, o "*Trial by Ordeal*" donde el demandado era arrojado a un pozo de agua atado de pies y manos: si se hundía era inocente, si flotaba era culpable; otra forma dentro de ésta especie, era obligar a caminar descalzo sobre brazas, si sanaba era inocente.

La tercera forma era el Juicio por Duelo, "*Trial by Battle*", la controversia se resolvía en un duelo. "

Los tribunales de la jurisdicción señorial, aplicaron asimismo, un derecho consuetudinario que variaba según la localidad. En los negocios eclesiásticos, se aplicaba el Derecho Canónico.

La formación del *common law*, como Derecho Común de toda Inglaterra, significa la terminación de los tradicionales juicios de Dios.

¹¹ Descripción fundada en Oscar Rabasa, op. cit. Méx. 1982 p. 70 y 71

a) *LAS FORMAS DE ACCIÓN*

La acción se iniciaba mediante un "*writ*", que era una súplica al Monarca, para que intercediera en el negocio y se tenía que convencer que el asunto era de tal importancia, que de otra suerte corría peligro la paz del reino.

La Acción es "*Brevi di Actu*" o "*Writ*".

En el nacimiento del "*common law*", es de gran importancia el surgimiento del "*Writ*" o *Acción Brevi*, que se dirige originalmente al Monarca por conducto de su Canciller.

Esta fórmula de acudir al Monarca para pedirle justicia, es propia de todo el medievo de Europa.

Precisamente la designación de los reyes en las distintas partes de Europa, tienen por objeto que éstos, fundamentalmente, se encargasen de la justicia de su reino.

En España San Isidoro de Sevilla en sus Etimologías, dice que la palabra rey viene de "*rectae*" y añade "*Rex eris si rectae facias, si non facias non eris*". Al rey se acude en calidad de "*emparamentum*", buscando la protección de la justicia frente a los errores e injusticias que cometen los tribunales feudales. Por eso se dice que al monarca se acude, en calidad de amparo.

No es pues extraño que a partir del siglo XI, se desarrollará la petición de justicia en Inglaterra, frente al monarca. La Asamblea de Hombres Libres denominada, "*County Court*" o "*Hundred Court*", aplica

las costumbres locales. El monarca inglés buscó un Derecho Común o "*Common Law*".

Por eso para acudir a la alta justicia, es necesario demostrar que se trata de un caso excepcional, que de no resolverse, pone en peligro la paz del reino.

En el desarrollo de esta alta jurisdicción en Inglaterra, pueden distinguirse quizás, hasta cuatro subetapas:

En principio se acude al tribunal en forma excepcional; no estamos en presencia de una jurisdicción ordinaria, es un tribunal de los grandes personajes y de las grandes causas.

Enseguida, en una segunda subetapa, asistimos a la independencia de éstos tribunales, frente al poder del Rey.

El fenómeno acaece a la misma vez que el Consejo de Monarca o "*Curia Regis*" se independiza, y forma un organismo que más tarde será denominado Parlamento.

Esta independencia de los tribunales reales, sucedió cuando los mismos fueron colocados en lugar concreto, la Abadía de Westminster. Recuérdese que los monarcas medievales, no tenían un lugar fijo, si no que eran itinerantes. En la obra de Macbeth, el monarca iba de visita al castillo de un señor feudal, cuando acaece su asesinato.

El avance se logra, cuando los tribunales son colocados en un lugar fijo.

En el tercer período, nos encontramos con que estos tribunales de Westminster se especializan constituyendo tres, a saber: el Tribunal de las Causas de Hacienda, denominado "*Exchequer*"; el Tribunal de las Causas Comunes o "*Common Pleas*", y finalmente el Tribunal de la Materia Penal o Banco del Rey, "*King's Bench*" pero, más tarde esta distinción desaparece y los tres Tribunales conocen indistintamente de todas las materias.

Finalmente, el máximo desarrollo de estos Tribunales, sucede cuando al aceptarse que el Tribunal inicie la causa con un juramento, posibilidad que se da solamente al monarca o al Papa, se suprime el antiguo procedimiento arcaico y se da nacimiento a un procedimiento moderno con amplia recepción de pruebas y oyendo a las partes. Esto es lo que se llamaría, el debido proceso del *common law* (*Due Process of Law*).

En esta cuarta etapa los *writs* no son, al decir de René David, arriba de cincuenta y seis y a mediados del siglo XIX no pasan de setenta y dos, puesto que los señores feudales, exigen que los *writs* se limiten.¹²

Aún cuando hubo una limitación, como veremos en el siguiente apartado, los *writs* se aplicaron a causas análogas (*writs in cosimili causa*) y el máximo desarrollo lo tuvo cuando se acepta, la "*actio on the case*", que consiste en que el actor en un acto introductorio de instancia, llamado "*declaration*", expone al detalle las circunstancias del caso (*case*) y solicita a los jueces reales que en consideración a éstas circunstancias, conozcan del litigio.

¹² René David. Op. Cit. Pág. 247.

Las nuevas acciones por eso denominadas, "*actio super causam*" o "*action on the cases*" tuvieron un amplio desarrollo, abarcando las siguientes: la "*assumpsit*" que es definida como la promesa o compromiso por el cual una persona hace suyo el deber de realizar algún acto, para algo a otro; el "*deceit*" que se usa en contra de los actos fraudulentos, engaños o desfiguros que ha realizado una parte en contra del actor para conducirle el engaño; el "*trover*", que también es denominado "*trover and conversion*" que es usada, para recuperar los bienes muebles que una persona indebidamente detenta en nuestra contra y finalmente, la "*negligence*" que se estima como la omisión de hacer algo que una persona razonable, prudente y cuidadosa efectuaría a favor de otra, en atención de la palabra dada.

Este desarrollo se ve interrumpido con la celebración de dos Concilios, habidos en el siglo XIII, la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215 y el segundo Concilio de Westminster de 1285.

Ampliamos con otros términos, la importante etapa anterior.

La Segunda parte de la historia del Derecho Inglés, se inicia en el año de 1066, fecha en la que un rey normando invade Inglaterra. La sucesión del Rey en Inglaterra no era necesariamente hereditaria o por elección.

A la muerte de Harold Godwineson el último sajón de Inglaterra, intervino el duque de Normandía alegando que la reina Emma, madre del Rey Eduardo, "El Confesor", era su tía y por consecuencia le correspondía el trono de Inglaterra.

Guillermo ordena la construcción de barcos e invade Inglaterra. En la batalla de Hastings es derrotado otro pretendiente al trono, el Duque de Harold.

Finalmente Guillermo el Conquistador fue coronado en la abadía de Westminster en las navidades del año de 1066. Probablemente la superioridad del duque de Normandía sobre Harold se debió a que Enrique I el rey de Francia, hasta el año de 1060 estuvo en constante lucha con el duque Guillermo de Normandía.

A la llegada del Rey normando, Inglaterra fue subdividida, para mantener en Paz a los Señores feudales. El Rey Guillermo introdujo el feudalismo en Inglaterra otorgando a los señores parcelas de tierra a efecto de que las ordenasen trabajar. Estas parcelas recibieron el nombre de "*manors*".

A cambio de la entrega de estas posesiones exigió Guillermo el pago de impuestos o "*geld*". El impuesto general era de acuerdo al monto de las tierras cultivables en cada villa o grupo de villas.

De este modo mantuvo la unidad del reino, pues si los señores feudales no le obedecían les retiraba la posesión de las tierras. Los señores feudales quedaban garantizados en su posesión mientras cultivasen la tierra y pagasen los impuestos respectivos.

Para llegar a esta unidad el Rey Guillermo el conquistador, ignorante del idioma inglés llega a solicitar el consejo de los señores Feudales, de este modo desde su inicio, apunta lo que más tarde será el gobierno de Inglaterra ó sea un Consejo entre Señores. Este Consejo recibió el nombre de "*Curia Regis*". Obviamente al preguntar

a los propios interesados cual era la solución de mejor convivencia, está formulando una cuestión común, es decir una "*commune lay*", el idioma era el francés, los señores Ingleses al traducirlo a su propio lengua le denominaron el "*Common Law*". El origen del Derecho Inglés, es en consecuencia, un acuerdo entre señores feudales que después de haber sido oídos y reconocidos en sus prerrogativas convinieron en una fórmula jurídica para poder subsistir.

"La *Curia Regis*" se transforma en Parlamento cuando necesariamente tiene que ser oída para dos cuestiones fundamentales: Para saber quien debe ser el sucesor del reino y para imponer impuestos. Esto será recogido en la Carta Magna de Juan sin Tierra del 6 de enero de 1213.

De todo lo anterior, se desprende que como hemos dicho, tres son los aciertos de Guillermo el conquistador, siendo el primero la distribución de la tierra que se sujeta a la lealtad del señor feudal, y al pago de un impuesto respectivo, el segundo la elaboración de una "*commune lay*" en dialecto normando y si bien en un principio se discute su aplicación, a partir del reinado de Eduardo I que gobernó entre los años 1272 al 1307 impuso la lengua francesa como la única hablada por los juristas en Inglaterra.

Los antiguos "*County Court*" o la subdivisión del condado, denominada "*Hundred Court*" aplicaron la costumbre local llegando a las soluciones mediante sentencias de prueba que no eran muy racionales.

El "*County Court*" corresponde a las tierras de solariego, es decir, tierras de los señores en donde tienen estos la jurisdicción en primera

instancia. Existían además jurisdicciones propias de la Iglesia que correspondían a lo que en Europa Continental, serían tierras de abadengo, y estas aplicarían el Derecho Canónico.

La tercera ventaja del rey normando fue que al buscar un derecho común no se sujetó ni a las costumbres señoriales ni al canonismo de la Iglesia.

En un principio el realengo, es decir la jurisdicción del monarca se limitaba a la "alta justicia". Esta jurisdicción del realengo continuó aplicándose en la época del rey normando para conocer casos excepcionales, pero el litigante tenía que probar que la resolución de su caso era importante para la paz del reino que se veía amenazada. La asamblea de los señores que aconsejaban al monarca, o sea la *Curia Regis*, no se limitó a proteger a los grandes del reino sino que admitió el análisis de las causas que tienen importancia excepcional.

Los tribunales reales de justicia, se convierten en organismos autónomos, que funcionan fuera del mecanismo de la *Curia Regis*. Los monarcas en la Edad Media, tenían la costumbre de ser itinerantes, es decir, visitaban las diversas partes de sus reinos, en el curso de una anualidad. El monarca normando tuvo la idea de que los tribunales reales que administraban justicia no fuesen itinerantes, sino que, se establecieran en un lugar fijo, la abadía de Westminster.

Colocados en su sede, los tribunales tuvieron el conocimiento de tres categorías de causas, la Hacienda real, la propiedad territorial y posesión de inmuebles y los asuntos penales. La denominación de estos tres tribunales fue la de "Exchequer", "Common Pleas" y "King's Bench". Sus decisiones lograron una mayor autoridad que las

resoluciones de los señores feudales por su grado de imparcialidad y por que intentaron la resolución de problemas, que afectaban la paz del reino.

Como los tribunales sólo buscaban las soluciones procesales, no importó para ellos la definición de las Instituciones, era más importante obtener el mecanismo procesal, destinado a conseguir la decisión.

Finalmente los tribunales reales tuvieron un gran éxito, por que al modernizarse en materia procesal, actualizaron el proceso, iniciándolo con un juramento ante la Biblia y ventilándolo con la recepción de las pruebas de los hechos, ante un jurado. Las pruebas de ordalías quedaron atrás.

Para acudir a los tribunales del monarca, había que solicitar la emisión de un "*writ*".

"El *writ* fue definido, como una orden dirigida hacia una corte, exigiendo el cumplimiento o actos específicos u otorgando autoridad para hacerlo".¹³ En el antiguo derecho inglés, el "*writ*" es un instrumento en forma de carta. Una carta o cartas de un profesional. Al solicitarse el "*writ*" es usado como equivalente al término "acción"; las acciones fueron clasificadas en reales, personales y mixtas.

En resumen, el que pedía justicia al rey, tenía que dirigirse al gran oficial de la Corona, el Canciller, solicitándole expidiera un "*writ*" a los tribunales de Westminster, obviamente, el solicitante debía pagar

¹³ V. Black's Law dictionary, 5th. Edition Minnesota 1979, p 1441

derechos a la corona, y no eran solamente peticiones, sino también quejas.

b) LOS CONCILIOS.

Los reyes no fueron tan poderosos, como más tarde los señores en la época moderna, por esa razón los tribunales del Rey no emitieron numerosos "*writs*", pues de hecho, los señores feudales limitaron la intervención del monarca a través de diversos compromisos o "concilios de nuestro reino" (*Concilium Regni Nostrum*).

Dos son los compromisos más importantes habidos entre señores feudales y monarcas, siendo el primero el de enero de 1215, que fue arrancado al rey Juan sin Tierra y que se conoce con el nombre de Carta Magna, y el "*Statute of Westminster the Second*" (El Segundo Estatuto de Westminster) de 1285. Coke dice que este segundo concilio "se había propuesto poner fin a los progresos realizados por los tribunales reales de justicia mediante la conclusión de un acuerdo entre el rey y los barones para conservar el *status quo*: los tribunales reales continuarían conociendo las materias ya señaladas más no solicitarían ampliar dicha competencia, no se crearía ningún *writ* nuevo salvo por autoridad del parlamento"¹⁴

Es obvio que era demasiado tarde para poner límites al prestigio de los tribunales reales y en consecuencia éstos desarrollaron los *writs* utilizando la analogía y extendiéndolo mediante la "*actio on the case*".

¹⁴ René David, op. cit p. 240

c) *LOS AVANCES DE LA CARTA MAGNA POR EL REY JUAN.*

El documento fue denominado "*Concilium Regni Nostrum*" y tiene un proemio y cincuenta y ocho artículos con una conclusión¹⁵

En primer término el documento dice consagrar una Iglesia de Inglaterra que "sea libre, y conserve todos sus derechos y no menoscabe sus libertades....." y luego enseguida dice "otorgar libertad de elecciones en la Iglesia de Inglaterra", lo que significó que el documento considera a la Iglesia como un señorío feudal en lo que se refiere a su aspecto temporal. Los artículos seis y doce, establecieron la simiente de un desarrollo parlamentario, pues el primero regula que el matrimonio debe celebrarse entre personas de la misma categoría, señalando además en los artículos siete y ocho, que aunque la viuda entre en posesión de la dote no podrá ser obligada a contraer matrimonio mientras no lo desee", y el artículo doce, dice que "no se impondrá en nuestro reino ningún auxilio ni impuesto por servicio de armas sin el Consejo Común de Nuestro Reino.....".

Por otro lado otorga a los hombres libres los mismos derechos que gozaba la aristocracia, o sea, no se le podrá imponer un castigo "sino mediante juramento de hombres buenos de la vecindad", dando base al desarrollo del "*common law*".

En este orden de ideas, es más específico el artículo treinta y siete: "ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni

ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país”.

Los artículos treinta y nueve y cuarenta, establecen las bases para el desarrollo de la burguesía, pues se indica que todos los comerciantes podrán salir, entrar, permanecer y viajar por Inglaterra sanos y salvos, ya sea por tierra y por mar, autorizándolos para realizar sus operaciones y poniéndoles como límites solamente en casos de ser extranjeros que en sus países de origen igualmente sean respetados los súbditos Ingleses, y que toda persona podrá salir del reino y volver a él por tierra y por mar excepto en el caso de guerra.¹⁶

d) CLASIFICACIÓN HISTÓRICA DE LAS ACCIONES EN EL “COMMON LAW”.

Debemos distinguir la clasificación primitiva y la clasificación de la Baja Edad Media.

Dentro de la primera, como hemos dicho, cabe distinguir tres clases de acciones, las reales, personales y mixtas; todavía las acciones personales pueden clasificarse en ex contractu y ex delicto.

Como se ve, esta clasificación reproduce las que comúnmente se enseñaban en las institutas de Derecho Romano, aún cuando al recogerse no se siguiese la costumbre romanista de definir las instituciones. Los ingleses fueron ajenos a la definición de las mismas, sin embargo las aceptan.

¹⁵ V. Sánchez Agesta Luis, Documentos Constitucionales y Textos Políticos, Edit. Madrid España. 1982

¹⁶ Id. Sánchez Agesta Luis, Documentos

En la Baja Edad Media, Siglos XII al XV, podríamos, haciendo un intento de clasificación, agrupar las clases de acciones del “*common law*” en tres grupos: las referentes a la propiedad, dominio de bienes o posesión de bienes inmuebles; las que estaban destinadas a reclamar daños y perjuicios y las acciones que reclamaban el pago de una suma de dinero por concepto de deudas y obligaciones contractuales.

Las referentes a la propiedad deben distinguirse entre las relativas a la propiedad inmueble, (*real property*) y las que se conceden para la protección de los bienes muebles, (*personal property*).

En relación con los inmuebles, las acciones inglesas eran de una importancia excepcional, pues tenían por objeto respetar la propiedad que, como hemos visto, estaba destinada a ser explotada.

La época se caracteriza por una ausencia casi total de moneda, es decir, una desmonetización y por consecuencia, era importante obtener una utilidad para el pago de la tierra; el pago de los derechos o “*geld*” se satisfacía por los señores feudales, que a su vez obtenían las utilidades por conducto de los siervos. El monarca protegía a aquellos por medio de los “*manors*” o “*baronys*”. Los señores pagaban ordenando la construcción de caminos, puentes o edificios públicos; de este modo, la propiedad estaba vinculada íntimamente al trabajo y dio a la organización del Feudalismo, un aspecto típicamente militar y armonioso.

Las acciones relativas a los muebles, tienen los nombres antiguos de “*actio of detinue*” y “*actio of replevin*”, en las que el titular del bien mueble por su propia mano detenía o recuperaba la propiedad de sus

efectos personales. Las acciones tienen una franca inspiración canónica.

El segundo grupo de "*writs*" comprende los destinados a reclamar daños y perjuicios y tenemos a este respecto la siguiente subclasificación:

- 1) "*Trespass*".
- 2) "*Actio on the case*".
- 3) "*Trover or Trover and Conversion*".
- 4) "*Convenant*".
- 5) "*Special Assumpsit*".

Son las más antiguas acciones del Derecho Inglés, con las que quizás se desarrolló históricamente.

El "*writ of trespass*", abarcaba los daños entendidos como "*damnum emergens*" y los perjuicios clasificados como "*lucrum cesans*", toda la teoría de responsabilidad por daños típica del Derecho Inglés tiene su origen en este antiguo "*writ*".

La "*actio on the case*" es un desarrollo de los antiguos "*writs*" del derecho Inglés y, consistía en relatar los hechos materia de la controversia, para fundamentar la reclamación.

La acción de "*trover*" no es más que una aplicación de las acciones de daños, en relación con tienen el que nos ha desposeído de nuestros bienes muebles.

Las acciones de reclamación la "*convenant*" y la "*special assumpsit*", son un desarrollo combinado con las acciones que forman el tercer grupo, o sea relativa a los contratos y exigen los daños por incumplimiento de los contratos simples.

Finalmente, las primitivas acciones a consagrar la validez de los contratos pueden clasificarse en tres grupos:

- 1).- "*Actio of debt*".
- 2).- "*Actio of Account*".
- 3).- "*General Assumpsit*".

Estos "*writs*" tuvieron por objeto exigir la validez de los contratos simples.

Si el contrato había sido solemne y hecho bajo sello (*under seal*), la validez era indiscutible, pero si la contratación resultaba de un simple escrito en un principio no tenía valor y por esa razón se creó, la "*assumpsit*" que al decir del "*Black's Law Dictionary*" es una "promesa u obligación por la cual una persona asume o emprende hacer un pago a otra" puede ser oral o escrito pero no bajo sello; es expresa si el prominente se obliga en claras y definitivas palabras; e implícita cuando de ella el *common law* infiere una promesa".¹⁷

La "*actio of assumpsit*" tuvo al decir de Rene David un desarrollo magistral comprendiendo primero un "*missfeasans*", "*non feasans*" para abarcar, respectivamente el incumplimiento en forma distinta a la

¹⁷ Black's Law Dictionary, op.cit.p.112.

convenida o la omisión del cumplimiento suspendido por un tiempo superior al razonable.¹⁸

e) *CONCLUSIÓN*

De todo lo cual se desprende el principio fundamental del Derecho Inglés, que consiste en sostener que las acciones son anteriores a los derechos, "*Remedies preceed rights*", con lo cual se sostiene la íntima vinculación de las formas de acción y del procedimiento, al decir de Maitland "Los tribunales reales han terminado por obrar como si tuvieran plenitud de jurisdicción, han tenido que admitir justicia en todos los asuntos civiles importantes. Pero, han debido hacerlo valiéndose del escaso repertorio de formas procedimentales que había sido constituido poco a poco durante la época en que las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas eran serios competidores de la jurisdicción real"¹⁹. La afirmación de Maitland sostenida en su obra "*The forms of actions of common law*" se complementa con la afirmación del otro historiador Inglés Maine, cuando dice que el Derecho Inglés es un producto "segregado por los intersticios del procedimiento" afirmación que en la obra "*Early law and customs*".²⁰

f) *LA FILOSOFÍA MEDIEVAL INGLESA.*

Íntimamente vinculado con el nacimiento y desarrollo del *common law*, surge el pensamiento filosófico inglés entre otros con un

¹⁸ René David, op.cit.p.250.

¹⁹ René David, op. cit. p.248

²⁰ Ibidem

franciscano, creador del método experimental, Roger Bacon, cuyo nacimiento acaece en 1219 y, muere en 1294.

Como el sistema del "*Common Law*" exige la razón práctica, es decir, se basa en las resoluciones de los casos concretos ante las cortes y no en principios previamente establecidos, es muy probable que esta actitud experimental y práctica del Derecho, conduce al notable filósofo, Roger Bacon a exponer en su "Obra Mayor",²¹ escrita en 1266-67 la brillantez de un descubrimiento, la necesidad de que a más del silogismo deductivo, se compruebe la verdad con la experiencia.

El filósofo inglés en la obra que acabamos de mencionar, expresa que cuatro son los mayores impedimentos para alcanzar la verdad que afectan a todos, aún a los más sabios, como obstáculos para la verdad, menciona el ejemplo de una autoridad frágil y que no merece crédito, la duración de la costumbre, el sentido del vulgo imperito y la ocultación de la propia ignorancia, a la vez con la ostentación de una sabiduría aparente.²²

El filósofo franciscano ha seguido en su exposición, el método filosófico elaborado por el autor de la biografía de Francisco de Asís, San Buenaventura. Fundándose en esa metodología, breve, pero a la misma vez profunda, insiste en que el hombre se halla envuelto y echa mano de tres pésimos argumentos para impedir el conocimiento de la verdad "de esto ya nos dieron ejemplo nuestros antepasados", "esto es lo que se acostumbra", "esto es lo que hace el vulgo"; "luego hay que

²¹ Textos filosóficos tomados de Clemente. Filósofos Medievales. T. II. pág. 830. Ed. De BAC. MCMLXXX.

²² V. Clemente, Filósofo Medievales, Madrid, T. II MCMLXXX, p. 830

atenerse a eso”.²³ Al oponerse al criterio de autoridad de los maestros, a la costumbre y a los argumentos de que lo realiza la mayoría de las gentes, descubre como remedios contra esos males la elaboración de un método fundado en la experiencia, “quiero ahora poner al descubierto las raíces de la misma sabiduría por la experiencia experimental, ya que sin la experiencia nada se puede saber suficientemente”.²⁴ Así que descubre que por la experiencia se estudian las conclusiones que se han obtenido por los razonamientos, si se ve la precisión de tener una experiencia particular esto ayuda a la ciencia, no bastando agrega el método matemático, pues lo que interesa son las experiencias particulares y completas y absolutamente comprobadas en la propia ciencia.

²³ Clemente, op. cit. p. 835

²⁴ *Ibidem*

CUADRO COMPARATIVO DE LOS DOS TIPOS DE ACCIÓN

<i>PROCEDURE</i>	<i>ACTION AT LAW</i>	<i>ACTION IN EQUITY</i>
------------------	----------------------	-----------------------------

<i>Initiation of Lawsuit</i>	<i>By filing a complaint</i>	<i>By filing a petition</i>
----------------------------------	------------------------------	-----------------------------

<i>Decision</i>	<i>By Jury or judge</i>	<i>By judge (no jury)</i>
-----------------	-------------------------	---------------------------

<i>Result</i>	<i>Judgment</i>	<i>Decree</i>
---------------	-----------------	---------------

<i>Remedy</i>	<i>Monetary damages</i>	<i>Injunction, decree of specific performance, or rescission²⁵.</i>
---------------	-------------------------	--

IV.- TERCERA ÉPOCA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INGLÉS.

Generalmente se coloca la tercera época, a partir del surgimiento de los Tudor como casa reinante en Inglaterra, es decir, a partir de 1485 y se hace concluir cuando, a consecuencia de los Estudios de

²⁵ WEST.- Business Law. Pág. 14.- Cfr.

Bentham, se estaba preparando la *Judiciary Act*, siendo aquéllos de 1832 y ésta de 1873-1875.

Un fenómeno importantísimo acaeció en esta época; surgió un amplio desarrollo del "*common law*"; pero, a la misma vez y, al lado de los monarcas se da nacimiento a una nueva jurisdicción, "*The Equity*". Esta nueva jurisdicción surge como rival del "*common law*" y aparece por que los particulares, al no encontrar plena satisfacción en los tribunales de Westminster acuden nuevamente al canciller como confesor del rey, para solicitarle haga justicia en su caso, invocando la conciencia del monarca.

Hanbury y Martin en su obra intitulada, *Modern Equity*,²⁶ definen la "*equity*" como la "rama del derecho que antes de las reformas de la "*Judicature Act* de 1873", tenía jurisdicción aplicada y administrada por la corte de la cancillería". Definición que fue calificada como pobre y fundada sólo en razones de tipo histórico.

Los particulares acudieron al canciller del monarca no entablando una demanda sino una "petición"; el canciller desahogaba la petición con las facultades que el rey tenía como juez y aplicando un proceso similar al canónico, por ser escrito e inquisitivo; por eso su resolución era a través de un decreto, que prevenía los daños que podrían producirse por alguna arbitrariedad o injusticia (*injunction*); que decretaba el cumplimiento total de lo *convenido* (*decree of specific performance*) o, finalmente que hacía justicia ordenando la rescisión de lo *convenido* (*rescission*).

²⁶ Handbury and Martin, *Modern Equity* 14th, Edition, Buying E. Martin, London 1993.p.20

En la Edad media el Canciller que fue descrito por Maitland como el "primer ministro" del Rey o el "Secretario de Estado" de todos los departamentos del Rey, y que tuvo en un principio la elaboración de los "*writs*" donde surgió el "*common law*" volvió nuevamente a intervenir para proteger las situaciones jurídicas que no quedaban satisfechas con una simple reparación del daño.

Las peticiones al canciller fueron sólo lentamente solicitándose y elaborándose una práctica que abarcaba puntos diferentes a los resueltos por el "*common law*". La discreción del canciller en la Baja Edad Media, se desarrolló como un método curioso en la que las soluciones estaban de acuerdo a la conciencia del Rey; lejos de las situaciones oscuras, y por consecuencia, ordenadas por la equidad. El absolutismo de los Tudor, en el siglo XVI, hizo surgir algunas instituciones inquisitivas como la Cámara Estrellada "*Star Chambers*" y la aplicación de la equidad a disposiciones de última voluntad, dieron nacimiento al "*trust*" como institución equitativa, poniendo como en germen un desarrollo admirable de la confianza en la administración de los negocios.

¿Cuál es el origen de la *equity*? Según la tesis de Javier Martínez Torrón: .

"Las dos grandes tradiciones jurídicas de occidente, Derecho Angloamericano y Derecho Continental, no fueron ni son tan alejadas de como se pudiera suponer. No es fácil sintetizar de manera sistemática el desarrollo del Derecho Inglés por que su crecimiento ha sido inorgánico, espontáneo, al hilo de las decisiones judiciales; un crecimiento que se resiste a cualquier tentativa de racionalización

según los parámetros usuales de la doctrina europea" --y trae a colación dos frases que caracterizarían al "*common law*": La primera del jurista Holmes, cuando dice -- "*The life of the Law has not been logic, it has been experience*" y la otra que define el "*common law*", la ley hecha por el juez, "*judge-made law*".²⁷ Sin embargo sostiene que a pesar de la singularidad del Derecho Inglés, recibió una experiencia decisiva de los canonistas medievales a través del Decreto de Graciano, o mejor dicho a través del *Corpus Iuris Canonici*, especialmente cuando se adoptaron las reglas de Derecho de Bonifacio VIII expuestas en el *Liber Sextus*. Las cortes elaboradas por el canciller, que dejó de ser eclesiástico, sólo después de la intervención de Tomas Moro, en 1529, obviamente trajo a colación los sistemas canónicos, no sólo haciendo el procedimiento escrito, sino resolviendo conforme a la conciencia del monarca.

Para adecuar las soluciones a la conciencia, acudió a la noción de equidad, "*equity*". Dejó atrás la epiqueya aristotélica que no sería otra cosa, que el análisis concreto del caso particular, para dirigirse por los principios cristianos de Derecho.

A este efecto, es posible citar lo escrito por don Oscar Rabasa en su Derecho Angloamericano cuando declara que la "*equity*" "no es una estructura hecha por legisladores teóricos o por jurisconsultos filósofos, sino como, lo mismo que el "*common law*", un crecimiento gradual, producto de las necesidades de una raza de hombres prácticos que se esfuerzan más bien en realizar la justicia que en ceñirse a la lógica, de ahí que este sistema jurídico de los

²⁷ Javier Martínez Torrón, Derecho Angloamericano y Derecho Canónico, Las raíces Canonistas del Common Law, Madrid 1991, Edit Civitas S.A. p. 98

anglosajones, según ellos mismos lo advierten no sea un derecho ordenado conforme a un plan lógico o científico como la legislación romana y la europea en general, sino en realidad una agrupación de doctrinas, materias y procedimientos de órdenes jurídicos diversos y desarticulados que se han ido formando espontáneamente en la práctica sin más norma que la de llenar los vacíos que la rama del "*common law*" dejó en su trayectoria".²⁸

Por eso dice Martínez Torrón, que la Jurisdicción de la "*equity*" consistió en satisfacer los vacíos del "*common law*" y sus materias pueden quedar resumidas en un antiguo aforismo, "*these three give place in court of conscience, fraud, accident and breach of confidence*" añadiendo que "en la práctica sin embargo su competencia era amplia y con una innegable tendencia a extenderse. Sus dos únicos límites eran, su circunscripción al ámbito civil- nunca actuaba en causas penales y una operatividad *in personam*, y no *in rem*".²⁹ En consecuencia, la doctrina de los canonistas, influye en la creación de la "*equity*", por lo que Martínez Torrón concluye, fundándose en la obra de Saint German, "*Doctor and Student*" que fue la noción canónica de "equitas" sobre el concepto aristotélico de epiqueya, esta última, "permitiría al juez reconocer excepciones a la aplicación de una norma general; la idea de equidad en cambio posee un significado positivo: hace posible exigir los deberes de conciencia y por tanto, la protección de derechos conferidos por la ley natural, aunque no estén amparados por el Derecho Positivo".³⁰

²⁸ cfr. Oscar Rabasa op. cit. p.136 y sig.

²⁹ Martínez Torrón, op. cit. p. 75

³⁰ Cfr. Oscar Rabasa op. cit. p.238 a 256 y Hanbury and Martin op. cit. p. 26 a 31. Las citas en inglés están literalmente en Hanbury and Martin. La traducción sólo se inspiró en Rabasa

Las sentencias o máximas de la equidad, generalmente suelen mencionarse en número de doce, que al decir de don Oscar Rabasa, serían similares a los principios de las Doce Tablas. Hanbury y Martin, en su obra anteriormente citada, mencionan estas doce máximas de la siguiente manera:³¹

1. - *"Equity will not suffer a wrong to be without remedie"*. Lo que significa que la equidad no tolera ningún agravio sin una reparación.

2. - *"Equity follow the law"*. Es decir, es la rama adicional del derecho inglés que históricamente se formó similar al derecho de gentes del sistema jurídico romano, para satisfacer las deficiencias del *"common law"* y reformar sus principios rígidos e injustos y a pesar de eso la *"equity"* sigue y es una rama complementaria del *"common law"*.

3. - *"He who ask equity most do equity"*. Porque no podría pensarse que se pidiera equidad, sino se está actuando con ella.

4.- *"He who comes to equity most come clean hands"*. Es decir, el que reclama equidad debe tener la conciencia limpia.

5.- *"Where the equities are equal the law prevails"*. Que Rabasa traduce indicando que "cuando los principios de la equidad favorecen por igual a las dos partes prevalece la ley stricto sensu".³²

6.- *"Where the equities are equal the firts in time prevails"*. Es decir que tiene preferencia quien es primero en tiempo.

³¹ Cfr. Oscar Rabasa op. cit. p.238 a 256 y Hanbury and Martin op. cit. p. 26 a 31. Las citas en inglés están literalmente en Hanbury and Martin. La traducción sólo se inspiró en Rabasa.

³² Rabasa O. Op. cit. Pág. 253.

7.- "*Equity imputes and intentio to fullfil the obligation*". Que quiere decir que la equidad presume la intención de cumplir con una obligación; así pudo crearse todo el sistema de "*constructive trusts*" en la que las personas reciben un bien patrimonial ajeno para adquirir en beneficio de otra ciertos bienes o derechos. Es decir, que dejar la administración en manos de un *trustee*, significa confiar en que habrá de cumplir con su obligación.

8.- "*Equity regards has done that wich ought to be done*". La jurisdicción de la "*equity*" presume que está consumado aquello que ha de realizarse en lo futuro. Cuando la propiedad sancionada por el derecho, y está regida por la "*equit*"y obliga a administrar o desarrollar incluso vender esa propiedad en beneficio de la persona que se ha señalado, es decir; rige conforme a los principios de la subrogación real, la cosa sucede al precio y el precio a la cosa.

9.- "*Equity is equality*". Es decir la equidad supone igualdad

10.- "*Equity looks to the intent rather than the form*". Este principio no significa que las formalidades deban ser ignoradas en "*equit*"y, sino que, mira a la substancia más que atender a la forma.

11.- "*Delay defeands equity*". Es decir la equidad ayuda al vigilante no al indolente ("*doctrin of laches*") continúa aplicándose conforme a la limitation (act. de 1980).

12.- "*Equity acts in personam*". Es decir que la "*equity*" tiene jurisdicción sobre las personas y no sobre las cosas. Rabasa en la obra citada anteriormente indica que, "una de las consecuencias más extraordinarias de la potestad de los jueces de equidad" "es que el

tribunal puede compeler a una de las partes a ejecutar un acto que debe surtir efecto en una jurisdicción ajena o en país extranjero”³³. El cumplimiento puede realizarse fuera de la potestad territorial del juez que ordene su ejecución.

a).- BLACKSTONE Y BENTHAM.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, sobresalen en el derecho inglés dos juristas. Blackstone intentó poner orden en el “*common law*” inglés y en las diversas leyes dictadas durante siglos, es el primer esfuerzo de un estudio doctrinal del Derecho Inglés. Como Blackstone fracasa en la práctica del Derecho Inglés sus “Comentarios al Derecho”, no fueron bien recibidos, en un principio; cuando años más tarde, logra tener éxito en su práctica profesional, la obra llamada “*Commentaries on the Law*”, “obtuvo una popularidad y aceptación no sólo en Inglaterra, sino también en los Estados Unidos. Bentham buscó la fundamentación filosófica, del “*common law*” inglés, y dijo haberla encontrado en el principio de utilidad y bienestar. Su influencia fue tan elocuente, que logró el cambio de las instituciones inglesas especialmente a través de la “*Judicature Act. de 1873*”, como veremos en la cuarta etapa de la Historia del Derecho Inglés.

Analicemos en unas líneas, estas dos grandes figuras.

William Blackstone, alrededor del último tercio del siglo XVIII. Escribe, los “*Commentaries on the law of England*” (1765- 1769) Esta es una obra, que consiste en una exposición accesible del Derecho en

³³ Rabasa, O. Op. cit. Pág. 242

³⁴ Blackstone, *Commentaries on the Law*. Edit. Washington law book Corporations

Inglaterra. Recuérdese que no podemos traducir la palabra “law” como ley, puesto que en el Derecho Inglés se abarca no solamente a la ley sino y fundamentalmente, a las decisiones judiciales. Los comentarios mantienen una habilidad literaria, y una aptitud para seleccionar y presentar el material en una forma que atrae la atención del estudioso. Es un texto atractivo y metódico y fue calificado como atrevido; pero aceptado al decir de los literatos ingleses por que los “comentarios viven por su estilo.”³⁵

El lenguaje y la filosofía expresados por Blakstone, revelan al siglo de su autor, el siglo XVIII llamado “Siglo de las Luces”; por consecuencia, su moral y su actitud, resultan más liberales y por supuesto lejanas al pensamiento conservador de Burke, el crítico de la Revolución Francesa.

Nuestro autor Blakstone puede considerarse como un apologista conservador del “*common Law*”, y aún cuando su filosofía es moderna para su tiempo, no alcanza la expresión típicamente liberal inglesa y fue calificado por Bentham, como perteneciente no al partido de los Tory liberales, sino más bien de los “*old whings*”.

El pensamiento de Blakstone, sobresale por la defensa de los derechos y libertades inglesas. Defiende el parlamentarismo, como una típica institución inglesa, que protege las libertades del hombre; es partidario de una constitución mixta de poder, plegándose en esto al pensamiento aristotélico y por consecuencia, confluye en la apologetización de una división de poderes.

³⁵ Sills David L. Enc. Introducción a las Ciencias Sociales. Vocablo. Pág. 4. Blakstone. Saphiro

La "Equity" actual, tiene por contenido el que señala el Act de 1881. La antigua equidad filtrada a través de la influencia del Derecho canónico abarcó los puntos omitidos por el "common law" e impuso disciplina en las principales materias de confianza, dando pie al desarrollo de un capitalismo racional.

Por consecuencia, Handbury and Martin concluyen que el objetivo de la "Equity" conforme al Act de 1881, abarca:

La compra, venta o partición de tierra o los problemas de las cargas de la tierra.

La redención o terminación de las hipotecas;

Ejecución de los trusts o fideicomisos;

La administración del patrimonio de los difuntos;

Bancarrota;

Disolución de los socios o la exigencia del socio en las cuentas;

La rectificación, lugar o cancelación de las deudas de otros documentos celebrados por escrito;

Los negocios de la herencia y otros no contenciosos o negocios comunes;

Las patentes, marcas registradas, o derechos de autor;

La guarda de los menores;

Todas las causas de materias relativas a la competencia de la Hight Court con relación a las compañías.³⁹

La época moderna del "*common law*" se caracteriza a mi entender, en dos desarrollos fundamentales:

El primero consiste en que las decisiones de los jueces ventilan los puntos del "*common law*" y de la "*equity*" conservando sin embargo la distinción de las dos jurisdicciones aunque éstas se vean ante el mismo órgano judicial.

El segundo resulta ser una aplicación de los principios recogidos desde el nacimiento del "*common law*", especialmente el llamado "debido proceso del derecho", aplicándolo al acto administrativo. Como los servicios públicos son propiedad de los particulares, el Estado no podrá señalar reglas unilaterales desprendidas de su propia autoridad, a la organización de los servicios. Esto dió surgimiento a las comisiones administrativas, (The Board Commissions) que caracterizan al desarrollo del "*common law*" en el Estado Moderno Inglés y como veremos más tarde en el Estado Norteamericano.

³⁹ Tomado de Hanbury and Martin. "Modern Equity". London 1993. Fourteenth, E.d. pág.40..

SEGUNDA PARTE.

Sumario: Categorías del Derecho Inglés: I.- Common Law y Equity; II.- Parlamentarismo; III.- Acciones del Common Law; IV.- Propiedad Inmobiliaria: a) sistema feudal normando; b) sucesión hereditaria de la tierra; c) quien tiene la posesión, servicios y la heredada de las tierras solariegas; d) enajenación de la tierra; e) clasificación de los usos en el derecho inglés; f) la propiedad entendida de duración ilimitada; g) derechos feudales de la propiedad; h) el dominio de derechos en herederos limitados; i) viudedad y cortesía; j) arrendamiento financiero (the leasehold estate); k) la acción de ejecución; l) testamentos sobre tierras; m) sucesión anglosajona y testamentos; n) los testamentos en la época de Guillermo el Conquistador; o) la herencia en vida como práctica inglesa; p) las leyes del siglo XVI que se adaptaron a los sistemas feudales; q) los modernos trust y testamentos V.- Torts: a) el antiguo common law; b) las acciones nominadas del tres pass; c) las acciones del tres pass innominadas; d) Teorías de la responsabilidad bajo el "Writ of Tres pass". VI.- Contracts: 1.- Garantías del contrato; 2.- Acciones del common law alrededor de la naturaleza del contrato: a) acuerdo; b) deuda; c) acciones relativas a mercancías; d) acciones contables; e) transformación de las acciones contractuales; f) la mezcla de las acciones delictuales aplicadas al contrato; g) venta de efectos; h) garantías modernas; i) las acciones alrededor de los vicios del consentimiento; j) el contrato entendido como cambio de consentimientos; k) extensión del contenido del contrato abarcando el cuasicontrato; l) transformaciones a la luz de la

economía actual; 3.- Contratación moderna en el derecho angloamericano; a) formación del contrato; b) "Consideration"; c) el problema central las cláusulas implícitas; d) efectos de la obligación contractual; VI.- vocabulario en el derecho inglés: 1.- Trust: a) definición; b) clasificación; c) trust públicos; 2.- Procedimientos en el derecho inglés; a) procedimientos ante las cortes del condado; b) la ejecutoridad de los juicios de las cortes del condado; c) procedimiento en la división del ramo de la Reina (Queen Bench Division); d) comparecencia del demandado; e) el procedimiento ante la High Court; 3) procedimiento criminal: a) clasificación de los crímenes) Prosecución; c) prosecución privada; d) iniciación de un proceso criminal; e) fianza; f) el juicio por ofensas; g) sentencia; h) proceso de encarcelamiento; i) juicio bajo acusación; j) crítica al sistema de jurado; k) el sistema de evidencia.

René David en sus "Sistemas Jurídicos Contemporáneos", analiza lo que él denomina estructura del Derecho Inglés después de estudiar su Historia, nosotros nos permitimos denominar a esta segunda parte.

CATEGORÍAS DEL DERECHO INGLÉS.

La razón por la cual nos proponemos cambiar la denominación de Estructura por la de Categorías, se funda, filosóficamente, en Aristóteles. Este filósofo, discípulo de Platón, se separa del idealismo de su maestro; Platón había sostenido la existencia de las ideas en si

mismas, subsistiendo por si solas y de las que los hombres abrevan para lograr su conocimiento. Para Aristóteles, los conocimientos surgen de la experiencia, el análisis y síntesis; estas actividades propias de la inteligencia humana desembocan en una catalogación o agrupamiento de conceptos que reciben precisamente el nombre de categorías. En el análisis de las categorías del Derecho Inglés hemos observado a través de su desarrollo histórico que la mente jurídica de los Ingleses, distinguía dos jurisdicciones. En la formación de estas intervienen dos elementos, el imperium y la prudencia. Es decir, que para la formación de los "writs" o acciones procesales ante los tribunales de Westminster y la evocación de la equidad ante el Canciller, siglos más tarde, el espíritu inglés aplicaba una resolución práctica en la solución de los conflictos exigiendo su imperio, es decir un primer elemento, la razón práctica y, enseguida, después de haber elaborado la acción o la posible razón de equidad, el espíritu inglés reflexionaba prudentemente en los resultados obtenidos, ratificando las resoluciones judiciales mediante la invocación del precedente, o rectificando o distinguiendo, mediante la técnica de la distinción ("*the rule of precedent and the technique of distinction*").

El "*common law*" hace surgir la regla de derecho influido por el canonismo de finales del siglo XI, especialmente por la reforma del Papa Gregorio VII, que declaró que el papado no dependía de ningún concilio de obispos, influye con esta doctrina en la elaboración del concepto de soberanía en Europa y en el fortalecimiento del reino en Inglaterra; de este modo, Inglaterra continuó siendo regida por un monarca y cuando éste por las vicisitudes de la historia, pretendió abusar y destruir el "*common law*", los juristas de la época,

especialmente Edward Coke en el siglo XVII, sostienen la tesis de que el Estado tiene que estar regido por el Derecho y con el Derecho.

Podríamos entonces afirmar que la teoría constitucional inglesa que, aparentemente no realiza modificaciones mediante un texto constitucional escrito como sucedió en Europa, logra las limitaciones al poder público, por el desarrollo del "*common law*" y especialmente, sosteniendo que los tribunales de Westminster aplicarían el "*common law*", independientemente de los gustos del Monarca. Resultado de este desarrollo fue la creación en los siglos XVII Y XVIII de tres documentos jurídicos: el "*Habeas Corpús Amendment Act*" (1679), el "*Bill of Rights*" (1689) y el "*Act of Settlement*"(1701). Finalmente las categorías del Derecho Inglés son eminentemente procesales y por esa razón el estudioso deberá poner atención y por esto nos limitaremos en nuestro estudio, a las reglas del "*civil procedure*", y del "*criminal procedure*", y a los principales puntos relativos a lo que ingleses y norteamericanos llaman en la actualidad "*business law*," abarcando entre otras cosas the "*law of contract*", "*the law of tort*", los "*trust*", y "*the law of property*". En resumen puede decirse que las categorías de derecho elaboradas por el Derecho Inglés parten del principio de que la ley o el derecho son principios generales que sirven para dirigir la conducta del hombre en sociedad; así como existen principios generales en la razón teórica del hombre conforme a los cuales el conocimiento es conducido; así en el obrar del hombre existen estos principios. El Derecho Inglés forma de éstos sus categorías: "El *common law*", "La *Equity*", "El Parlamentarismo", "Las Limitaciones al Poder Público", y los "Procedimientos e Instituciones Jurídicas" como Principios que rigen la conducta de los hombres y

conforme a los cuales van buscando el Derecho para ser aplicado en una sociedad civilizada; todo esto lo realiza Inglaterra aisladamente pero con una influencia canónica y por lo que se refiere a la teoría constitucional, estableciendo siempre la distinción entre la organización del reino inglés y la organización de la iglesia, es decir, sin convertir al Estado en un organismo teocrático.

I.- COMMON LAW Y EQUITY

Los tribunales actuales después de la reforma de 1873, conocen indistintamente de las dos jurisdicciones pero la distinción continúa y los estudiosos destacan que la misma se puede encontrar en el campo de iniciación del procedimiento, en la toma de decisión, en el resultado y en las consecuencias jurídicas de éste.

La acción del Derecho común "*common law*" se inicia con una demanda "*complaint*", en tanto que la de equidad "*equity*" surge a consecuencia de una petición. La decisión del derecho común "*common law*" se hace por el jurado o por el juez y la equidad "*equity*" sólo por éste, y los nombres de las decisiones reciben la denominación de sentencia en el derecho común "*common law*" (*judgement*) decreto (*decree*) en la equidad "*equity*". Finalmente resulta más interesante saber que el "*common law*" sólo condena al pago pecuniario de daños; la *equity* es más amplia pues puede traducirse en una prohibición, o interdicto (*injunction*) en una orden de cumplimiento concreto, (*decree of specific performance*) o en una rescisión.

Uno de los principios fundamentales como hemos visto al hablar de las reglas de la "*equity*", que indica que "*Equity follows the law*"

conforme al cual la “*equity*” se convirtió al igual que el “*common law*” en un precedente (*the rule of precedent*).

Las categorías del derecho Inglés se mueven alrededor de estos dos conceptos y son ajenas a la distinción de la familia romano germánica del Derecho Público y Derecho Privado o Derecho Mercantil, y Administrativo. Inmerso en el feudalismo la propiedad inmueble recibe el nombre de “*real property*”; también suele denominarse “*land*”; en tanto que los bienes muebles se designan con el nombre de “*personal effects*” o “*personal property*”. Entre los significados de la palabra “*property*” el Black’s Law Dictionary ⁴⁰ la define en estricto sentido legal como “un conjunto de derechos que están garantizados y protegidos por el gobierno” en tanto que, los bienes muebles o “*personal effects*” son definidos como los artículos vinculados con una persona como lo suyo que más o menos está en íntima relación con la persona o poseedor”. Existen numerosas categorías jurídicas que en estricto sentido no tienen traducción a nuestro lenguaje jurídico romano germánico. Sobresalen en este sentido los siguientes términos: “*Trust*”, “*Bailment*”, “*Estoppel*”, “*Consideration*”, “*Trespass*”, “*Company*”. El diccionario de Black’s Law, los define de la siguiente manera, el “*Trust*.”-⁴¹ como “un derecho de propiedad inmueble o mueble”, “*Held*”-⁴² “transmitido por una parte en beneficio de otra”; “*Bailment*.”-⁴³ “suministro de efectos o bienes muebles, una entrega de mercancías o bienes muebles de una persona a otra, en “*trust*” para la ejecución de un objeto específico,

⁴⁰ V. Black s Dictionary p.1027

⁴¹ Ibidem,p.1029

⁴² Ibidem p.1352

⁴³ Ibidem p. 129

vinculado o en relación con dichas mercancías en beneficio del “*bailord*” (arrendador) o bailee (arrendatario) o de ambos, y en relación con un contrato expreso o implícito, en cumplimiento de las órdenes del trust. “*Estoppel*”.-⁴⁴ significa que una parte es prevenida con relación a sus propios actos, a resultas de una demanda o derecho de otra persona que está vinculada con dicha conducta o actuación”. Consideration.-⁴⁵ “es la razón del contrato, la causa motivo, precio que obliga o induce a contratar a una parte en relación con otra, la razón o causa material del contrato”. .

El “*Trespass*”.-⁴⁶ “es una ilegítima interferencia en la persona, propiedad o derechos, del “*common law*”, por lo que el “*trespass*” era una forma de acción a fin de cobrar daños por una injuria a otra persona o propiedad con la que se está vinculado” y finalmente la “*Company*”.-⁴⁷ es “una reunión o asociación de personas para obtener un objetivo industrial o comercial”.

II.- PARLAMENTARISMO

Las instituciones jurídicas inglesas fueron elaborándose frente a la realidad de los hechos.

Después del despotismo de Jacobo II, el parlamento presentó a Guillermo de Orange, una Ley de declaración de Derechos y Libertades de los súbditos determinando la sucesión de la corona.⁴⁸ Se

⁴⁴ *Ibidem* p. 498

⁴⁵ *Ibidem* p. 272

⁴⁶ *Ibidem* p.1347

⁴⁷ *Ibidem* p.255

⁴⁸ V. Sánchez Agesta Luis Documentos Constitucionales y Textos Políticos, Madrid, p. 34 y 43

elabora de este modo un "Gobierno de Gabinete en forma de Democracia Constitucional".⁴⁹ Pues desde el momento en que el parlamento se constituye en autoridad suprema que define la regla de la sucesión y el gobierno recae en el primer ministro designado por la mayoría parlamentaria, el ejecutivo depende del legislativo y le rinde cuentas a éste. El primer ministro designa a los jefes de los departamentos ministeriales conocido con el nombre de gabinete; estos jefes generalmente son miembros del parlamento.

El parlamento se compone de dos cámaras, la de los "lores" que se constituye por los terratenientes y "lores" espirituales que heredan sus puestos y, la de los comunes, fundada en elecciones libres y competitivas, excluyendo por tanto las dictaduras de un partido único.

Por eso el llamado "*Bill of Rights*" "significa una declaración enfática sobre los derechos y libertades de los súbditos. El "act" o ley es del 13 de febrero de 1689, y se compone de un proemio en donde se mencionan los excesos en que habían incurrido los reyes, imponiendo que se decida entregar "cartas" a los condados, ciudades, universidades o Burgos y a los cinco puertos para que eligieran a las personas que las representarían ante el parlamento, y que se "deberían reunir en Westminster con el objeto de acordar lo necesario para que su religión leyes y libertades no volvieran, en lo sucesivo a correr el peligro de ser destruidas.....".⁵⁰

La carta sostiene que el antiguo consejo del monarca, constituía el parlamento y no podría ser suspendido al arbitrio de aquél, ni

⁴⁹ Es texto político. Citado V. Sánchez Agesta, op. cit.

⁵⁰ Idem. Sánchez Agesta. Op. cit.

tampoco podrían dispensarse las leyes elaboradas (artículos I Y II), el artículo IV ordena la aprobación expresa del parlamento a todo impuesto y el V declara un derecho de los súbditos a la presentación de peticiones al rey. El ejército debía de reclutarse o mantenerse sólo con la autorización del parlamento (Art. VI). Importantísimo resulta el artículo VIII que ordena que las elecciones de los miembros del parlamento deben de ser libres, y el IX que consagra la libertad de expresión solamente regulada por el propio Parlamento.

El "*Bill of Rights*" fue complementado con una nueva ley, "*Act of Settlement*" del 12 de junio de 1701 en donde se establecen nuevas limitaciones a la corona para lograr una mejor garantía de derechos y libertades a los súbditos. Conforme al artículo III párrafo 8, el juicio de responsabilidad no podía depender del perdón del monarca.⁵¹

Blakstone, comenta las palabras de Edward Coke: "el poder y jurisdicción del parlamento es tan trascendente y absoluto que no puede ser limitado ni por razón de la materia ni de las personas, tiene voluntad incontrolable y soberana de hacer, ampliar, restringir, derogar, cancelar, revivir, interpretar las leyes o el derecho, referente a materias de todo posible género, sean eclesiásticas o temporales, civiles, militares, marítimas o criminales..... y por ello algunos no han tenido escrúpulo en llamar a este poder con una expresión quizás demasiado valiente, la omnipotencia del Parlamento."⁵² Se recoge de este modo un antiguo sueño del mundo, "el gobierno del pueblo", y en esto radica la razón por la que Epstein León, dice que el parlamento es más producto de una evolución que de una invención "no es

⁵¹ Sánchez Agesta Luis. op. cit. p. 34-43

⁵² *Ibidem* p.56

resultado de un propósito constitucional: es un proceso histórico a través del cual las asambleas representantes se opusieron a los monarcas en la Edad Moderna".⁵³

El antiguo consejo del monarca se ha transformado en un órgano de gobierno en la que representa en primer término a la antigua oligarquía, a través de la cámara de los "lores" y enseguida a la nueva clase industrial y comercial a través de la cámara de los comunes; es decir que, de las exigencias de una sana economía emerge un desarrollo agrícola oligárquico, y una nueva industria y comercio dinámicos, y éstos quedaron representados en el parlamento y establecieron su propio órgano ejecutivo.

La idea es que un cuerpo de representantes, (parlamento), no un ejecutivo sea la instancia decisoria en política. Este fue, el principal *desideratum* que prevaleció en Francia en la Revolución, "Gobierno por la Asamblea", su desarrollo no quedó en estas antiguas líneas. En el siglo XX el control del pueblo no sólo se realiza por la elección esporádica de los comunes, sino que éste depende también de la opinión pública, que ejerce de este modo un control ante las situaciones cambiantes del gobierno. El gobierno resulta más responsable frente al electorado que ante el Parlamento y esta forma de Parlamento acerca, al decir de Epstein, el parlamentarismo a un sistema presidencial norteamericano y aún cuando se ha fortalecido el gabinete, los rasgos del parlamentarismo antiguos, no han violado el principio fundamental del ejecutivo frente al parlamento, el cual si no tiene la mayoría parlamentaria no le queda más recurso que disolver al

⁵³ Enciclopedia de las Ciencias sociales, T.II p.617

Parlamento, para encarnar un nuevo ejecutivo, o entregar el poder a un partido adverso.⁵⁴ Finalmente, para concluir el tema sólo nos resta indicar, que este sistema parlamentario al decir del Estatuto de Westminster, del once de diciembre de 1931 se aplicó a los antiguos dominios ingleses. La palabra "dominio" designa cualquiera de los siguientes: El Dominio del Canadá, la "*Common Welth*" de Australia, el Dominio de Nueva Zelanda, la Unión Sudafricana, el Estado libre de Irlanda y la Isla de Terranova".⁵⁵

III.- ACCIONES DEL "COMMON LAW"

A continuación y, con el objeto de otorgar al lector un estudio histórico, me voy a permitir resumir en un manejo libre y con base en la obra "*Historical Introduction to Angloamerican Law*" de Kempin San Paul, Minn. 1990 pero precisando que en la estructura y configuración del análisis seguimos fielmente los títulos de la referida obra.

Me mueve a hacer este estudio por que considero que la obra en cuestión adopta el método histórico y aclara para los estudiantes de la familia Romano Germánica algunos de las instituciones angloamericanas.

Podemos sostener que, el sistema Romano Germánico si bien tuvo surgimiento en las instituciones de la jurisprudencia romana, muy pronto se vio envuelto, por la concepción filosófica, de tal suerte que las tres instituciones que antes hemos mencionado, propiedad inmobiliaria, agravios y contratos, se vieron envueltos en una

⁵⁴ Enciclopedia de Ciencias Sociales. Pág. 621

⁵⁵ Sánchez Agesta, op. cit. p. 50

concepción filosófica que iremos puntualizando. Esta concepción filosófica fue resultado de la influencia helénico romana y la ha usado nuestro sistema jurídico de tal suerte que puede afirmarse que en tanto el sistema Romano Germánico es filosófico y en algunos aspectos teorizante, el sistema del "Common Law" Inglés surgió de un espíritu eminentemente práctico.

En el del "Common Law" propiamente dicho deben considerarse como fundamentales, tres instituciones, que denominadas en inglés "Real Property", "Torts" y "Contracts" podríamos traducir como derechos derivados de la propiedad inmobiliaria, agravios y convenciones.

IV.- PROPIEDAD INMOBILIARIA.

Como indica Kempin,⁵⁶ vinculado a la propiedad se encuentra el concepto de feudo, en latín "feudum" que significa un ingreso o propiedad feudal y que viene a ser, "un eterno interés o producto en la propiedad". En sí mismo es difícil entenderlo, pero se puede analizar por sus consecuencias; la persona que tiene un feudo puede vender la tierra, y el comprador la retiene después de la muerte del vendedor, puede ser dejada en herencia a sus herederos o dividida en numerosos poseedores. "La idea de una absoluta y eterna propiedad sobre la tierra no surge en el sistema legal inglés, sino hasta que este alcanza su madurez".⁵⁷

⁵⁶ Kempin, Historical Introduction to Angloamerican Law, p. 129 y sig.

⁵⁷ Idem. Pág. 129

Para entender esto tendríamos que analizar los antecedentes anglosajones. Estos pueblos no conocían el feudo, y puede pensarse quizás, que sólo podían vender la tierra siguiendo tres caminos, el primero de los cuales fue aplicado en la venta de bienes rústicos (*folkland*) que significa que la tierra estaba sujeta a la costumbre. Puede pensarse que era la familia la titular de esta propiedad y a la muerte del jefe de familia su control pasaba al siguiente jefe de casa.

Los problemas relativos a la transmisión de la propiedad no han surgido, sólo se indica que cuando la tierra va a ser entregada a la iglesia se requiere la aprobación de los herederos, y esta aprobación es puramente preventiva.

Surgió entonces la idea de que para la transmisión de la propiedad a la Iglesia, o para un hombre importante se requiere la aprobación del rey y del consejo, entonces la transmisión se realizaba a través del libro de la tierra. La venta no era absoluta pues continuaba funcionando como propiedad rústica, y esta tierra transmitida a través del libro, conserva la ocupación de los poseedores. Los adquirientes solamente exigían algunos deberes que, en número de tres se denominaban, la "trinodass necessitass" a saber: El servicio militar, la reparación de puentes y la reparación o construcción de caminos. Algunas veces el derecho de heredar esta tierra se entregaba, los derechos de la iglesia quedaban garantizados por los sucesores. La duración de la tierra transmitida por libro fue controlada en los términos del propio libro y generalmente duraba la vida del beneficiario, después de la cual se remitía a su antiguo propietario, éste es el segundo método de transmitir.

El tercer tipo, consistía en entregar la tierra a una, dos o tres generaciones, con los derechos de obtener los productos que se podían generar y éste es uno de los únicos métodos de obtener un provecho y se asemeja un tanto al arrendamiento moderno, puede a veces acercarse a una forma de permuta, usada entre comerciantes o mercaderes. Como el interés en el uso del dinero estaba absolutamente prohibido por la iglesia y por el "common law" se acudía a estas formas de transmisión de propiedad para obtener el interés a través de los frutos; por supuesto que la transmisión se realizaba de generación a generación, después de la tercera, la familia la consideraba como su propiedad familiar.⁵⁸

a) EL SISTEMA FEUDAL NORMANDO.

Fue introducido por Guillermo el Conquistador y como indica Kempin, fue resultado de la combinación de tres intereses, el económico, militar y político.⁵⁹

Las finanzas de los reyes anglosajones fueron bastante magras, tenían sus propias tierras, como reyes y recibían obsequios, de sus subordinados, que asumían un aspecto compulsorio. Guillermo el Conquistador tuvo necesidades que excedieron de las de sus predecesores, pues no sólo era rey de Inglaterra, sino además de Normandía, así que no sólo tenía que proteger Inglaterra sino grandes extensiones de Francia, Los normandos fueron superiores en la administración, mientras que los anglosajones gobernaron por

⁵⁸ Kempin. Op. cit. Pág. 131

⁵⁹ Kempin. Op. cit. p.p.132 a la 140

conducto de los nobles, la característica del gobierno normando es la supresión de la actividad de la nobleza.

Para entender las instituciones, tenemos que recordar que la sociedad de aquel tiempo era una sociedad sin dinero y esto sucede hasta la época de Isabel I, la agricultura no pierde su predominio sino hasta la época de la revolución industrial. El problema fue que no podían adquirirse bienes sino hasta el surgimiento del dinero y la solución fue utilizar la única fuente económica o sea la tierra. El Rey Guillermo consideró útil reclamar como propia la tierra de Inglaterra y la obtención de ésta sólo podía hacerse a petición al rey; de este modo podía obtener de los nobles la fidelidad pues supeditaba la entrega de la tierra a ésta.

Por supuesto que la conquista de Inglaterra en estas condiciones se tradujo en un proceso lento, con genocidios en ciertas partes de Inglaterra y la entrega de esta tierra recibió la denominación de "*manors*". La ventaja mayor de este sistema es que las personas fueron consideradas como libres y sólo en compensación de esta libertad se les exigían servicios a favor del rey, de los cuales el más importante pero no el único fue el servicio militar; así, el feudalismo vino a significar una doble relación: el Rey garantiza las tierras, pero sólo como retribución de ciertos servicios. Si los servicios fallan, la tierra se regresa al rey. En la relación entre el señor y, súbdito se encuentra una relación puramente económica, el monto de los servicios o derechos, no se fundaba en el valor de la tierra sino, en el equilibrio de cuánto era lo que necesitaba el rey del vasallo y cuánto se había contratado. Se suponía que el vasallo imponía la contribución a otros vasallos que le estaban supeditados, puede decirse que esto

es una relación agrícola militar compleja. El consejo del rey fue seleccionado de estos grandes hombres y se llamaban grandes no sólo porque habían sido seleccionados por el rey, sino por que habían recibido tierra de él y en atención de los servicios que le iban a otorgar. El militar juraba ser el hombre del rey con toda fidelidad, y en atención al honor recibido.⁶⁰

Este procedimiento de obtener la milicia fue suficiente para cortas expediciones pero una permanente defensa requería un ejército mejor constituido. En el siglo XII el servicio al rey se traduce en el pago de dinero, denominada en inglés "scutage" y que podríamos traducir en castellano antiguo, bajo el nombre de "impuesto de las lanzas", el "scutage" fue suprimido con la abolición del feudalismo. El "scutage",⁶¹ fue una suma vulnerable a la inflación que aparece o se suprime; aparentemente, los nobles interesados forman parte del parlamento o casa de los lores. Por eso se requirió la formación de una casa de los comunes que aprobara los impuestos, en función de los cambios inflacionarios así que el "scutage" o "escuage", fue reemplazado por el impuesto o "tax".

La teoría de los servicios al rey, creó problemas a la muerte del vasallo, porque cuando esto sucedía podría acaecer que el heredero fuese enemigo del señor o le fuese infiel. Conforme a la teoría feudal el señor podía escoger al vasallo y el problema se resolvía con dinero, la suma se denominaba "reliefs" ó sea cantidad venida en socorro o ayuda. Otro problema se creaba cuando la hija del vasallo contraía nupcias, porque podría casarse con un enemigo del señor, por esa

⁶⁰ Fundada en Kempin. Op. cit. pág. 134.

⁶¹ Kempin. op. cit. pág. 136

razón el matrimonio debía de ser aprobado por el señor. El matrimonio venía a significar prestigio, tierra y regalos valiosos. Problema muy común surgía cuando a la muerte del vasallo su hijo fuese menor, debe tomarse en consideración la corta duración de la vida en esa época, de manera que resultaba más sencillo proceder a matarle para obtener los derechos hereditarios, por consecuencia los señores feudales tenían los derechos provenientes de las tierras del menor mientras conservasen la vida de éste. El señor estaba obligado a conservarle la vida y educarlo hasta que tuviera la edad suficiente para hacerlo provechoso; la guarda del menor fue celosamente conservada durante siglos, El señor incluso tenía el derecho de ayudar a sus vasallos, con financiamientos emergentes para casar a la hija mayor o al hijo primogénito. En el siglo XIII, incluso se podía demandar la ayuda.⁶²

Finalmente, se encontraba el derecho de "escheat" ó sea confiscación y acaecía cuando se cometía un crimen de traición, el señor recogía la tierra del vasallo. Si el crimen era traición, la tierra era totalmente devuelta al rey.

Los otros servicios distintos del militar fueron conocidos con el nombre de "sargenterías"⁶³ o de orden inferior, significando servicio por los deberes particulares. El feudalismo enseñaba que cualquier señor podía crear servicios de "sargentería" o inferiores pero a partir del siglo XV estos servicios pertenecieron únicamente al rey. Vestigios de estos honores de "sargentería" persisten en las ceremonias de coronación de los reyes.

⁶² Tomado de Kempin. Op. cit. pág. 136

⁶³ Del francés "Sergeant" y a su vez del latín *servicēs*.

b) SUCESIÓN HEREDITARIA DE LA TIERRA.

En conclusión el sistema del "*common law*", es eminentemente feudal, no ve en la propiedad un concepto puramente metafísico y teórico, y lo llamo teórico por que nuestro concepto romano germánico piensa que la propiedad existe sin vínculo con las otras personas.

Los juristas del Derecho Romano Germánico llaman a la propiedad y a otros cinco derechos como derechos reales, y piensan que pueden existir por sí solos cuando la verdad es que de esos cinco derechos se obtienen servicios, en este sentido es más práctico y real el sistema inglés, que vincula la propiedad con los servicios. Cuando Rousseau en su Discurso sobre el Origen de la Desigualdad de los Hombres y las Naciones, sostuvo que esta desigualdad proviene desde que un día un hombre dijo "esta tierra es mía", en realidad estaba teorizando. La propiedad sólo vale cuando se le explota y para esto se necesita el servicio de otro u otros, puede decirse de la actitud de Rousseau como el colmo de una actitud teorizante y en realidad nunca ha existido.

La legislación de los "anglosajones" nos es desconocida, y algunos suponen que transmitían los bienes de la tierra a todos sus hijos. En el tiempo de la conquista normanda se acepta un nuevo esquema de herencia, ésta se entrega al hijo mayor, y en todo caso se sujeta a la aprobación o desaprobación de los herederos. El primogénito es responsable de las obligaciones feudales y servicios, pero sus hermanos lo serían igual que él, si se les hubiere entregado un trozo de tierra. Esto no hubiere sido suficiente para soportar las obligaciones fiscales y los servicios. Finalmente, por otro lado era

preferible tratar con un sólo heredero y no con muchos. En Francia este problema tomó tiempo para solucionarlo, Inglaterra lo resolvió en favor de una impartible primogenitura. En el siglo XII, y a mediados de este siglo, durante el período de Enrique II, la primogenitura llegó a ser la regla en las "sargenterías", incluso aún cuando las únicas herederas fueran las hijas se impuso la regla. Desde un punto de vista económico la primogenitura tiene una gran ventaja, nadie duda que es menos sano que todas las personas sean pobres y no que sólo algunas tengan el soporte necesario, distribuyendo la tierra entre todos los hijos. Resulta desastroso para un único y prolífico jefe de familia ver desintegrar su patrimonio en varias generaciones, por lo que el establecimiento de la primogenitura fue el símbolo de una fuerte, "strong and confident monarchy"⁶⁴ fuerte y confiable monarquía. Una débil monarquía, divide el poder entre varias personas, por lo que aparentemente es más fácil mantener una fuerte monarquía. En la época de Enrique Segundo el riesgo no se materializó, pero en la época de Juan sin Tierra aparece; más aún, la primogenitura demasiado fuerte para ser desplazada.

En los otros países europeos fue adoptándose también esa primogenitura, pero en Inglaterra, con los normandos, se aplica con plenitud, especialmente, a las obligaciones militares donde tiene un desarrollo militar. Aparentemente, son razones económicas, las que conducen la institución de la primogenitura.

⁶⁴ Kempin op. cit. p. 140,141

“Socage”⁶⁵ fue la última obligación impuesta al primogénito. Algunas áreas en Inglaterra mantienen los antiguos nombres, Kent continúa usando bajo el nombre de “*gabel king*”⁶⁶ la costumbre de dar la tierra al último hijo, (último genitura).

c) QUIEN TIENE LA POSESIÓN SERVICIO Y LA HEREDAD DE LAS TIERRAS SOLARIEGAS.

En la época moderna los términos posesión y propiedad nos son bien conocidos, la verdad es que ambos términos son vocablos abstractos ya que no incluyen una relación personal que siempre éste.

Propiedad y propietario no son conceptos feudales y, la “posesión” es un “*common law*” feudal.

La posesión servicio o “*seisin*”⁶⁷ fue un término de relación; un señor tenía posesión con servicios en sus tierras y podía garantizarla a otras personas. Desde este punto de vista el poseedor y el sirviente tienen posesión - servicio, por lo que quedan regulados por la relación entre ellos, el poseedor tienen “*seisin*” del suelo, lo que significa que puede tomar los provechos; el señor por otro lado recibe el “*seisin*” y puede decirse en servicio, cuando sus derechos giran alrededor de la tierra, tales como feudos, tutelas y matrimonio,

⁶⁵Kempin. Op. cit. del francés impuestos a favor del rey ” Websters Dicc. Pág. 1032.

⁶⁶ “Posesión de tierra destinada al servicio agrícola fijada por el rey y pagado en dinero pero nunca en servicio militar Webster’s. Dicc. pág. 1094.

⁶⁷ Del Francés “*saisine* posesion de tierra” castillo o también posesión libre de la que se tiene el título. Webster’s Dicc. pág. 1039.

Por consecuencia ninguna persona es propietaria de la tierra. El término posesión tampoco era aplicable.⁶⁸

d) ENAJENACIÓN DE LA TIERRA.

El término enajenación significa literalmente pasar el bien de una mano a otra, una persona puede venderla por dinero, cambiarla por tierra o por bienes, o donarla. Es un acto voluntario en vida; nadie puede alienar después de muerto, el poder de alienación antes de la primogenitura no es claro, en los tiempos anglosajones. Aparece el libro de la tierra, consignando la alienación consentida por los herederos. Las reglas normandas tanto del continente como de Inglaterra, revelan la tendencia de obtener el consentimiento de todos los herederos; no sólo de los hijos sino también de las hijas y otros parientes, que pueden llegar a la herencia del propietario.⁶⁹

Alrededor del año de 1200 ha tenido lugar un cambio. Glanvill escribe hacia el año de 1186, revelando que el antiguo sistema de aprobación aún subsiste y sólo desaparece en 1856, en el tiempo de Bracton. Aquel cambio quizás fue causado por la introducción de la primogenitura y facilitado con la doctrina de la garantía, los consentimientos que se requieren en orden a asegurar una división igual se obtienen entre los hijos. En otras palabras, un padre puede por conveniencia preferir un hijo a otro, la primogenitura elimina esta posibilidad, en adelante, el padre que ha reunido tierra, puede garantizar que él y sus herederos protegerán el título contra cualquier

⁶⁸ Kempin. op. cit. p. 143

⁶⁹ Kempin. Op. cit. págs. 144 y 145.

ataque, la garantía pudo llegar del hijo haciéndola valer en contra del comprador.

Los jueces reales, estuvieron a favor de la libre alienación de la tierra, porque en su realización como hombres del rey, pierde la fuerza feudal colocándose al amparo del rey y poderío de la corona.

Las objeciones para la alienación de la posesión feudal vinieron del señor como la más potente fuerza. Las relaciones entre el señor y el poseedor eran personales; ¿bajo qué autoridad podía el poseedor poner a otra persona en su lugar sin autorización del poseedor?. La contestación se realiza por la doctrina de la sustitución o subinfeudación⁷⁰. Fundamentalmente el concepto feudal de relaciones entre el señor y el hombre, fue destruido por la sustitución porque el señor no pudo ya controlar quien se consideraba como poseedor y de ahí resultaron desventajas para el señor. La práctica para evadir las desventajas fue convenir con la Iglesia una subinfeudación. Las protestas se hicieron valer en contra de estas prácticas. La edición de 1217 de la carta magna habla de ellas. La petición de los Varones, presentados al rey en 1258, invoca un remedio en contra de los regalos no autorizados. En el continente europeo el consentimiento del señor para la alienación surgió como práctica establecida pero quizás, la recién conquistada, región de Inglaterra usó la subinfeudación como medida para conservar los rasgos feudales.

En 1279 con el estatuto de Mortmain, la práctica de dar regalos a las iglesias fue impedida. En adelante, los regalos a la Iglesia se

⁷⁰ Kempin. Op. cit. pág. 144

realizaban mediante el pago de un derecho y estas licencias fueron garantizadas. Así puede asegurarse que a partir del siglo XIII los poseedores pudieron alienar sus tierras con el consentimiento del rey.⁷¹

En 1290 el estatuto, "Quia emptores" impidió finalmente la subinfeudación entre señores. Un poseedor, podría subinfeudar en adelante garantizando un "estatus", mediante un derecho. El estatuto permite la libre alienación por medio de la sustitución. El estatuto implícitamente reconoce que el feudalismo ha dejado de ser un sistema de milicia social. El servicio militar se ha cambiado por dinero y la tierra es considerada como fuente de impuestos. Bajo la teoría feudal el vendedor de tierra era en realidad comprador de servicios con los que en realidad compraba la tierra, por lo que en adelante el comprador al adquirir, paga los servicios. El estatuto reconoce esta práctica proscribiendo la subinfeudación en los estados libres, y así el feudalismo se transforma en una fuerza económica que no estaba muy de acuerdo con la línea feudal pero que sujetó una realidad económica. La abolición de la subinfeudación pudo ser popular sólo con el rey y sus poseedores. El estatuto fue un compromiso entre ellos. Los poderes económicos de los señores no se vieron disminuidos y en adelante el poseedor pudo alienar la tierra. El estatuto fue beneficioso en otros caminos, la abolición de la subinfeudación transformada en simples derechos tendió, a disminuir el número de cargas feudales, reconociendo al rey como actual poseedor en su beneficio. Esto provocó un beneficio político

⁷¹ Kempin. Op. cit. pág. 147

guardando el número de "lores" y varones y colocándolos cerca del gobierno real.⁷²

e) CLASIFICACIÓN DE LOS USOS EN EL DERECHO INGLÉS.

Las posibilidades de los herederos, de obtener la tierra y de venderla dieron lugar a dos elementos esenciales. Si la tierra no era heredable el interesado convenía en la duración del estatuto durante toda la vida de aquél que la obtenía, si la tierra era heredable, pero no podía venderse, el valor disminuía considerablemente. Los derechos que pertenecen a una persona se llaman derechos simples. Cuando pertenecían junto con otra persona se convertían en "*tenancy in common*", "*joint tenancy*"⁷³ o coparticipación o "*tenancy in by the entirities*" dependiendo de la relación de los propietarios y de las posesiones de los titulares.

Un "*tenancy in common*" es una propiedad en la que individualmente no existen partes iguales y en la que cada propietario tiene el control total para vender o heredar su porción individual. Un "*joint tenancy*" es una segunda forma de multiplicar los propietarios en la que las partes son iguales y derivan de la misma convención y en la que cada parte puede vender su porción. En caso de muerte la porción de los descendientes es dividida entre los propietarios. Un "*coparceny*"⁷⁴, es el interés heredado por hijas bajo el esquema de

⁷² Kempin. Op. cit. pág. 147

⁷³ Tenancy se puede traducir por "alquiler". pág. 586, pero también podrá traducirse como tenencia común. Robb "Dictionary of Legal Terms" 1955. pág. 219. "Tenancy in common". Podría traducirse como condominio, Robb. Op. cit. pág. 176. "Tenancy in by the entirities" se puede traducir como tenencia (traducción libre).

⁷⁴ Tomado de Kempin. Op. cit. pág. 150. Podría ser participe en sociedad. C.V. Robb "Dicc. of. Legal terms" pág. 151.

primogenitura y en la que no hay herederos varones. Un "tenancy" en su totalidad o "by entirities" es una propiedad de tierra del marido y la mujer, que no puede ser vendida aisladamente. A la muerte de uno, la tierra pertenece al sobreviviente en interés simple.

f) LA PROPIEDAD ENTENDIDA COMO DURACIÓN ILIMITADA

Mientras que un interés es propiedad eterna, un propietario de un derecho puede dividirlo en varios intereses. Puede por ejemplo, convenir que la tierra dure mientras otra persona viva, este interés en vida se parece a un arrendamiento por años, como los de cincuenta años.

Una variante del interés por vida se conoce como "pour autre vie", o sujeto a la vida de otro, por definición, es un estatuto de por vida, es decir que tiene un derecho implícito. Se observa que a la muerte del poseedor la tierra revierte al que originalmente la ha dado, que es el propietario de derecho, o, a sus herederos.

El dominio en vida fue común en los primeros años del, "common law". Un derecho pudo crearse sólo con las palabras "para A y sus herederos" las palabras mágicas "a sus herederos" se convirtieron en esenciales, hasta el momento en que se creó un derecho en las jurisdicciones del "common law".

g) *DERECHOS FEUDALES DE LA PROPIEDAD.*⁷⁵

En cualquier tipo de convenio, si el propietario no dispone de todos los derechos, necesariamente tiene el de reversión. Si da la posesión por un año, el resto del tiempo, infinito, le corresponde en reversión; si da un dominio por vida, el derecho revierte en él o en sus herederos, a la muerte del poseedor en vida. El "seisin" o "apoderamiento", referido a la posesión de la tierra, comprende los derechos feudales y servicios que eran del reversionista. El reversionario debe distinguirse, del confiscador, pues éste da la tierra del señor sólo a la muerte de poseedor un residuo que es su equivalente ideológico. Cuando el tiempo infinito antes de entregarse al que otorga el dominio queda en sus manos, un residuo contingente va a la persona o personas, cuya identidad es incierta, en el tiempo de la concesión o que llega a serlo, antes de que acaezca un evento incierto. A mediados del siglo XV, el "common law" buscó la solución a las contingencias. ¿Pero quién tiene la confiscación?. Generalmente el contingente, el residuario conserva la misma hasta su muerte. Suelen colocarse condiciones pero estas resultan repugnantes alrededor del siglo XVI por el gran número de refinamientos e incertidumbres. Finalmente, estos residuarios fueron protegidos por la creación del "trust"⁷⁶ hasta que ocurre la contingencia. Las reglas modernas de los residuos protegen tanto a los investidos como a los contingentes, de toda clase de tipos, y el problema básico es hacer

⁷⁵ Tomado de Kempin. Op. cit. de la pág. 151 a la 153

⁷⁶ Véase la nota no. 28. Ep. Robb. Dictionary. op. cit. lo traduce por fideicomiso, pero no es equivalente enseguida la traduce por "comisión de confianza". "crédito" y añade, en inglés "Trust" se usa en todas partes. op. cit. pág. 231.

cierto en el último formalismo. Esta regla se conoce como regla en contra de las perpetuidades ("*rule against perpetuities*")⁷⁷ y fue desarrollada en el caso del duque de Norfolk (1682). Básicamente su objetivo está en que todos los dominios constituidos tengan la duración de una vida.

h) EL DOMINIO DE DERECHOS EN HEREDEROS LIMITADOS⁷⁸

Analizando un largo período de desarrollo cuyos detalles no fueron muy claros, las provisiones del Estatuto de Westminster II conocido como de "*Donis conditionabilis*" (1285) permite la creación del dominio en derechos de herederos limitados. El origen de esta práctica responde al deseo de los parientes de asistir a los jóvenes en la fundación y perpetuación de una familia. A la larga se transforma en un método de perpetuación del "estatus" de familia feudal. El dominio con límite de herederos restringe la propiedad de la tierra a una línea de parentesco; en ésta la tierra jamás se revertirá al dador original. El interés fue llamado "posibilidad de reversión" fundamentalmente porque el dominio se colocó en el poseedor limitado. Esta forma de concesión decía, como por ejemplo, "se entregará a A y a los herederos de su cuerpo" esto fue llamado posesión de límite general. Coke traduce de Littleton lo siguiente, posesión en límite general eran tierras o tenencias que se dan a un hombre y a sus herederos en su cuerpo. En este caso se dice generalmente limitado por que si aparece la mujer entonces se sujeta a la vida de ella.

⁷⁷ Citado por Kempin. Op. cit. pág. 154

⁷⁸ Tomado de Kempin. Op. cit. págs. 154 a 160.

Un dominio limitado se otorga a la mujer y a los herederos en la duración de su vida. En otras palabras, existe poseedor en límite especial y acaece cuando las tierras o dominios son dadas al hombre y a su mujer, a los herederos de los dos cuerpos, y en este caso nadie hereda las donaciones, puesto que ellas se engendraron entre los dos.

Otras variaciones fueron posibles, un dominio limitado por el lado masculino se limita a los varones en su línea; un dominio limitado femeninamente se restringe a las mujeres, y un dominio limitado especial a los varones, es aquél en el que el dominio se refiere a los herederos varones, se entrega al matrimonio.

En conclusión; estas ilustraciones del estatuto en vida, del estatuto limitado en herederos, y del investido y contingente residuo, son ejemplos de "Uses", en las cuales el concepto de feudo es el de un "interés eterno en la tierra". En ocasiones incluye materias esotéricas implícitas o inexpresadas, reversiones de derechos, derechos de entrada y posibilidades de revertir. Estas variantes no son meras antigüedades, puesto que actualmente constituyen la materia principal de la rama de la equidad conocida como el Derecho de "trust", como un futuro interés que en pureza legal constituye un "feudo" que no concluye".

i) VIUDEDAD Y CORTESIA

Los sistemas Romano Germánicos, especialmente los latinoamericanos y más concretamente los mexicanos han desembocado en lo que se llama regímenes de separación de bienes, digo desgraciadamente porque significa una gran injusticia para la

compañera del matrimonio, pues a pesar de que los conceptos Romano Germánicos sobre el matrimonio que lo definen como una comunidad de bienes tanto divinos como humanos, los sistemas han adoptado un carácter de masculinidad al establecer la separación de bienes.

A continuación analizaremos los regímenes matrimoniales en el "common law". Desde luego debemos advertir que las resoluciones que se han dado se inclinan por la participación de los regímenes matrimoniales de los esposos.

En el Derecho inglés los términos "*Dower and Curtesy*" podríamos traducirlos como "viudedad y cortesía" es el "derecho que se funda en una sociedad organizada alrededor de la familia, que entrega la propiedad de la familia al esposo sobreviviente"⁷⁹.

La primogenitura del siglo XII, llegó a ser el modelo dominante de la devolución de la propiedad inmueble a la muerte del propietario, y la propiedad inmobiliaria llegó a ser la fuente predominante del impuesto privado. No provee nada para el esposo sobreviviente puesto que subsiste sin dinero alguno. En la actualidad el problema está cercano a la ayuda, incluso muchas familias obtienen impuesto de sus propios impuestos e inversiones y otros son empleados en las pequeñas propiedades, sus casas, sus artículos muebles y algunas inversiones.

Seguridad y seguridad social son formas importantes de protección en contra de los problemas creados por la muerte del esposo. El esposo que sobrevive tiene derechos en "*family*"⁸⁰,

⁷⁹ Véase Kempin. Op. cit. pág. 160^a 163.

⁸⁰ Derechos en integración a la familia.

propiedad de uno de estos dos tipos. Muchos estados de propiedad siguen esencialmente el concepto del "*civil law, and county property*".⁸¹ En estas situaciones cada esposo recibe el derecho de tomar la mitad de la propiedad onerosa del otro, incluso la propiedad obtenida por este medio es heredada, (propiedad lucrativa). En el "*common law*", el estado del sobreviviente esposo que no ha desertado, consorte, confería por ley un cierto porcentaje de la propiedad del esposo fallecido. Un testamento que pretenda desheredar al esposo sobreviviente o que le otorgue menos del mínimo estatutario es inefectivo. El sobreviviente está legitimado para adquirir su porción mínima. Por supuesto, el esposo o la esposa tienen su propia propiedad como poseedores y, por consecuencia la propiedad automáticamente pasa al sobreviviente. Los derechos de la viuda en el "*common law*", en relación con las propiedades de su esposo, fueron conocidos como "*dower*" y los derechos de viudez en la propiedad de la esposa como "*curtesy*", de acuerdo con Pollock y Mayland.⁸² La idea fue creciendo abarcando los regalos del esposo a la esposa en el tiempo del matrimonio, y quizás resultado de la negociación con los parientes de la esposa, se dice que los regalos no eran válidos si no se daban en "*Church door's*"⁸³ quizás porque era el camino de asegurar el matrimonio sacramental. Un vestigio de esto, existe en la ceremonia del matrimonio e incluye la promesa piadosa del novio que se entrega con todos los bienes que en adelante, da en dote o entrega; a mediados del siglo XIII, esto se convirtió en derechos de la

⁸¹ Ya sabemos que "*civil law*" es derecho Romano Germánico el complemento quiere decir que en los condados se aplicaba nuestro sistema.

⁸² Pollock y Mayland citado por Kempin op. cit. p. 161, ya sabemos que "*dower*" puede traducirse por viudedad "*courtesy*" como "cortesía".

⁸³ En las puertas de la Iglesia

viuda de obtener una tercera parte de por vida de la propiedad del esposo, obtenida en cualquier momento del matrimonio, la regla se aplica, no solo en la propiedad mobiliaria, sino también, en la propiedad inmobiliaria, esto sucedió en el siglo XII, donde la propiedad mueble se ventilaba en las cortes de la Iglesia. En el siglo XVI, la jurisdicción de la Iglesia, reguló en todas las cortes nacionales.

La diferencia de los derechos de los descendientes continuaban tanto en la propiedad inmobiliaria como en la propiedad mueble. Sólo las modernas leyes dan al esposo sobreviviente un mínimo del derecho de las propiedades del difunto esposo sobre inmuebles o muebles. El concomitante derecho del esposo en la propiedad de la esposa fue llamado "*curtesy*"⁸⁴. Este derecho se extendió más que los de las viudas, así no sólo una tercera parte de los bienes de por vida recibe el esposo de los bienes de la esposa adquiridos en el matrimonio, sino que se extienden a la vida de los hijos que hubiesen nacido en el matrimonio. La fuente de este derecho de "*curtesy*" se funda en la idea de que el esposo era el guardián de la esposa y de sus hijos, e incluso, significa el signo litúrgico del tradicional matrimonio cristiano, que pregunta "*Who gives this woman?* ; símbolo de la transferencia del cuidado de la mujer que recae en el novio.⁸⁵ La garantía de estos derechos de tierra, es inalienable. Sin el consentimiento de ambos, un esposo no puede vender los inmuebles que le pertenecen a no ser que la esposa exprese su consentimiento. El consentimiento era dado en un principio en orden, a efecto de asegurar, en cuanto fuera posible, de que era dado libremente. El

⁸⁴ Véase nota anterior

⁸⁵ *Ibidem* op. cit. p. 163. Podríamos traducir al frase como "¿qué darcis a esta mujer?".

esposo podía dar un derecho que podía durar durante su propia vida y que duraba la vida de la mujer y de los hijos nacidos de matrimonio. No podía vender esas tierras a menos de, que la mujer diese su consentimiento frente a un juez. Y, por consecuencia, ningún "dower o curtesy", se aplica a los derechos de equidad; "trust", participación en inmuebles o en derechos posesorios de "equity"

j) ARRENDAMIENTO FINANCIERO (THE LEASEHOLD ESTATE)

La regulación del arrendamiento supone un poseedor denominado, "lessee" que se ejerce con la autorización del señor de la tierra, denominado "land lord".⁸⁶ En otras palabras hay un ¿land lord y un tenant? . Supongamos que el arrendador vende la tierra a otra persona ¿Quién ejerce la posesión?. O supongamos que una tercera parte demanda que la tierra es de ella, quien ejerce el "lord tenant", ¿qué derechos tiene el "tenant" en cada caso? En la actualidad la contestación a estas cuestiones es clara, el "tenant" tiene un interés definitivo en la tierra durante el término del arrendamiento, o "lease", de acuerdo con los términos de éste. El propietario podrá vender la propiedad a otro y este respetará los términos del "lease",⁸⁷ a menos que una cláusula en él, "lease" específicamente señale otro camino. Una tercera persona que reclamara la tierra, debe demandar al "land lord" y su reclamación atacará el título del "land lord" y la tierra que se entregó. Estas contestaciones sin embargo no fueron vistas en su forma moderna hasta el siglo XIX, incluso las líneas generales de los derechos del "tenant" no aparecieron sino hasta el siglo XVII.

⁸⁶ "Lessee" Arrendatario (pág. 182) "landlord" arrendador o patrón (pág. 180) Robb Dice. Legal terms.

⁸⁷ Robb. op. cit. traduce como arrendamiento. pág. 181

En el siglo XII por el contrario el "*tenant*" pudo perder la tierra si el señor ejercitaba un lanzamiento. Esto significa el rompimiento de un convenio- el "*contract*", por el cual se ha entregado la tierra. Si el señor vende la tierra a otra persona, el señor no podía recuperarla, sólo estaba facultado para exigir los daños por el incumplimiento del acuerdo, el "*tenant*" no tenía derecho en contra de una tercera persona, esos derechos eran exclusivamente del señor; si presumiblemente el señor obtenía la tierra en recuperación de un tercero, tendrá que devolver la posesión al inquilino de acuerdo a los términos del convenio.

Compárese la posición del "*tenant*" con la de un asimiento de por vida. El "*tenant*" de por vida tiene el "*statum*" de la tierra por sí mismo. Se extiende a la duración de su vida. Si el dador no el señor, lo lanza él puede demandar la devolución. El vendedor dador de la tierra actúa si no afecta el derecho de por vida del "*tenant*". Si alguna otra persona demanda la tierra, el "*tenant*" tiene el derecho de defenderla en juicio. La razón de esta diferencia no es muy clara. Las duraciones por años pueden suponer una gran suma de dinero, algunas veces fidelidad, aún cuando no, homenaje; fueron importantes derechos individuales y el arrendatario tienen una especie de posesión feudal de la tierra. Pero en este caso no se dio protección a la posesión. No fue defendido en la posesión libremente. Varias razones se dieron a este respecto, Maitland⁸⁸ pensó que quizás la razón se encontraba en que los jueces ingleses, en vista de la duración del "*lease*" por años tenían en mente el usufructo romano, es decir, un derecho a recibir los beneficios de un bien sin ser propietario, es más atractiva la tesis de Joumdes

⁸⁸ Kempin op. cit. pág.165

Longrais⁸⁹ que invoca razones socioeconómicas. De acuerdo con él la duración por años se basaba en un servicio otorgado, en el tiempo en que no se cobraba interés por los arrendamientos. Los intereses, para evadir las prácticas en contra de la usura, sólo se darían de acuerdo con el Derecho de cobrar el préstamo de dinero, o el arrendamiento del propietario del dueño de la tierra en manos del poseedor que obtenía un derecho y que podía convertirse en usurario. Esta protección del poseedor fue limitada por leyes que proveyeron para una economía que sirviera de base para la familia. Los arrendamientos no fueron importantes sino hasta el siglo XIV, Milsom⁹⁰ puntualiza que el "leased" se volvió en un puro derecho a contratar o un puro derecho de propiedad. El "lease" temporal fue un contrato puro y simple entre el señor y poseedor, a la muerte del señor sus derechos a la tierra no se afectaban. Soluciones bajo el convenio, fue el forzar al señor, si el "tenant", había sido lanzado por el "land lord", la recuperación de la tierra era posible pero si el "land lord" ha convenido la transmisión de la tierra a un tercero, la recuperación de la misma era imposible y el único remedio eran los daños, por que el tercero no ha convenido con el "tenant", por lo que no hay acción posible contra él. Los cambios en 1285, surgieron con un nuevo "writ" denominado "Quare exercit infra terminum", que daba al poseedor una acción en contra de lo garantizado por el señor. Poco después el "writ" de "ejectione firmæ", fue regulado dando al "tenant" una acción en contra del tercero, proveyéndole sólo de los daños, no del regreso de la tierra, "quare ejecit". Más tarde aparecerá dando un derecho de propiedad limitado a

⁸⁹ Kempin. Op. cit. pág. 165. Cita de Kempin

⁹⁰ Kempin op. cit. p. 166, cita de Kempin

la tierra al poseedor, pero en el "writ" de "ejectione firmæ" sólo reconoce un derecho de daños a su favor.

Milsom en "Los fundamentos históricos del *common law*"⁹¹ observa el problema prácticamente, si el "tenant" tiene acción en contra del tercero, puede efectivamente defender el título del señor, perder la demanda significa perder la tierra.

Sólo fue hasta el siglo XV que las cortes aceptaron el punto de vista de "ejectione firmæ", incluyendo la recuperación de la tierra. Un derecho contractual se convirtió en un remedio que constituye una acción de propiedad.

k) LA ACCIÓN DE EJECUCIÓN

Los términos "*the writ of ejectment*" los podríamos traducir como "acción de desalojo o de desahucio", y fue un resultado de un desarrollo de las acciones posesorias (*novel disseisin-disposesim*) los litigantes que querían evitar disputas sobre los títulos de las tierras desarrollaron el "*writ of ejectment*" en el siglo XVI, y más o menos distorsionado subsistió hasta el siglo XIX, el "*writ of the ejectment*" abarcaba una serie de ficciones. Estas son un alegato que se sabe que no es real pero que debe ser aceptado por las partes: se alega que se celebró un "lease" sobre la tierra, el poseedor confiesa la existencia del "lease" y se sujeta al desahucio, por consecuencia en la actualidad no existe esa clase de "leases". Las reformas del siglo XIX hicieron innecesarias las ficciones y proveyeron directamente la demanda en contra del que argumentaba propiedad.

⁹¹ Kempin. Op. cit. p'g. 167. Cita de Kempin

1) TESTAMENTO SOBRE TIERRAS.

Nota preliminar.- a continuación vamos a tratar un tema que para un jurista Romano Germánico resulta sumamente difícil.

Las dificultades se producen fundamentalmente por que para los Romanos Germánicos la propiedad es un concepto metafísico y teorizante.

Tal parece que el sistema Romano Germánico al analizar la propiedad no se fija que existe propiedad si no hay relación con otra u otras personas alrededor de ella, es decir, entender la propiedad como un derecho absoluto es totalmente contrario a la realidad pues ésta, nos presenta que el propietario para poder utilizar el bien requiere del trabajo y la relación con otros; como el derecho inglés es feudal hemos visto que el feudalismo implicó considerar los derechos reales como derechos de relación, casi podríamos atrevernos a afirmar que en el derecho inglés y norteamericano no existe diferencia entre derechos reales y derechos personales; en lugar de estimar los Derechos Reales como "*numerus clausus*" podríamos pensar que existe una infinita gama de derechos si es que los queremos calificar como derechos reales. Si el concepto de "*real property*" ya nos resulta difícil entenderlo, con mayor razón será más difícil captar la sucesión de inmuebles.

En el medioevo y en la época novohispana existió, esta institución que acercaba al Derecho inglés, pero no era la misma. Si en el Derecho inglés, la relación de propiedad es una relación entre el señor y el poseedor, "*land lord*" y "*tenant*", en consecuencia el problema de las sucesiones fue enormemente complicado.

Complicado pero real, porque la familia Romano Germánica ha desembocado en un liberalismo testamentario más la realidad especialmente en algunas clases desprotegidas es sumamente injusta y se resuelve fácticamente. La solución es empobrecedora en nuestra familia Romano Germánica y en la sucesión de la tierra es antieconómica.

Ahora veamos cómo fue la sucesión del testamento en el Derecho Medieval inglés, y por consecuencia su resabio en el actual Derecho inglés.

Hemos estudiado, la alienación o sucesión intestamentaria sobre tierra, ahora consideremos otro medio, el de obtener las tierras por testamento, debemos distinguir entre sucesión y distribución testamentaria. La sucesión es un esquema consuetudinario. Para la distribución de una propiedad de una persona que ha fallecido, señala sus herederos. Un testamento (*will*), o provisión voluntaria para la apropiación de la propiedad en caso de muerte, Modernamente un testamento es por definición revocable hasta la muerte.

En las sucesiones el "*common law*" designa a los herederos, pero el testador nombra a los propios. Morir sin testamento se dice intestado. El concepto de testamento es un instrumento voluntario que convierte a una persona en heredero hasta el desarrollo de la civilización. Babilonia no conocía los testamentos; las leyes de Solon de Atenas, restringían la herencia a la familia; podía desheredarse a su hijo o dividir la propiedad a la muerte de uno, entre cada uno de los hijos. El Derecho Romano colocó los Derechos de propiedad alrededor de la familia no individualmente pero fueron ejercitados

individualmente por el que era responsable del sostén de la familia. Si no había testamento la sucesión se controlaba por costumbres, a la muerte del padre no solamente el control de la propiedad familiar sino incluso de la propiedad mueble. A su muerte los herederos se convertían en "sui iuris", si no había sucesores adoptivos o naturales. La propiedad pasa a los agnados, o a los descendientes del hijo primogénito. En ausencia de los "agnati" se llamaba a la "gens o clan". Años más tarde se proveyó permitiendo una declaración pública de la persona que quería designar heredero y esto fue contemporáneo al surgimiento de la idea de propiedad. El "patrimonium", o sea todos los poderes del padre sobre la familia y sus productos se transmitían en presencia de un oficial público o de la persona designada que la recibía, de acuerdo a la expresión voluntaria del padre. Subsecuentemente, bajo el derecho pretoriano, el testamento escrito fue permitido. Este proceso acompaña la individualización de la propiedad. La transición de la propiedad familiar al control individual y propietario tuvo lugar en Roma gradualmente pasando de un pequeño a un enorme grupo y a una sociedad comercial en que la propiedad familiar ha cesado.⁹²

m) SUCESION ANGLOSAJONA Y TESTAMENTOS.

El testamento sobre la tierra y el testamento sobre los bienes fueron tratados separadamente estaban sujetos a diferentes reglas y esta distinción continúa hasta el siglo doce. Poco es lo que conocemos sobre sucesiones o testamentos. La sucesión de los bienes muebles

⁹² Kempín. op. cit. pág. 168-170

se sujetó a las reglas de la costumbre. Incluso en 1215 el capítulo 27 de la Carta Magna disponía que si algún hombre libre moría intestado sus muebles se distribuirían entre sus parientes y sus amigos en las puertas de la iglesia. Esto seguramente oscurecía la repartición de sus bienes. Los testamentos sobre los bienes muebles en la época anglosajona no fueron conocidos, y no se adoptaron sino hasta que el Rey y el Señor aconsejaron disponer de ellos.

La tierra en la época anglosajona era tierra del pueblo y su sucesión era controlada por costumbres. Esta tierra no podía venderse sino con consentimiento del rey y, por consecuencia no podía estar sujeta a testamento, el registro de las tierras, fue dado por el rey y las variantes inscritas en él admitían la venta y sucesión por testamento. La tercera variedad de tierra poseída era el, "lease" - "land" que se daba a una persona por una, dos o por tres vidas, en esas circunstancias no podía ser objeto de testamento; otro modo de transmitir la tierra fue el "pos obit", o sea regalos para después de la muerte entendiéndose por tales lo que una persona podía dar en vida con carácter no revocable y teniendo efectos a partir de su muerte. Normalmente un documento escrito relatava el deseo. La donataria era frecuentemente la iglesia

ii) LOS TESTAMENTOS DE LA EPOCA DE GUILLERMO EL CONQUISTADOR.

A principios del siglo trece una regla se estableció en contra de la sucesión testamentaria de la tierra, Glanvill ⁹³ en 1187, habló en contra de las disposiciones de tierra a consecuencia de que algunas

⁹³ Kempin op. cit. p. 172. Cita de Kempin

personas disponían de la misma con detrimento de los herederos naturales. La probable razón de disponer de este modo fue el deseo de las cortes reales de proteger a los herederos naturales.

Otra razón posterior se dio para los testamentos respecto de la tierra, la doctrina de la posesión fue desenvuelta y requería una actual y física posesión de la tierra conforme a una ceremonia formal que efectivamente la transmitía. Esta ceremonia fue conocida como entrega de la posesión e hizo imposible, por consecuencia, un testamento de ningún tipo.

Las razones invocadas por Glanvill, se fundaban en que la iglesia ambicionaba las tierras. Esta observación impidió de hecho el considerar a la tierra como artículo de comercio y por razones puramente económicas. En adelante a partir de siglo XIII, se dijo que sólo comprando la tierra podía ser heredada y que la herencia de tierra no estaba sujeta a testamento. Lo que era claro es que se excluía a las Cortes de la Iglesia de la jurisdicción respecto de los testamentos y la política real era mantener el control sobre la tierra como sobre otras materias. La disposición de los bienes muebles efectivos al morir continuó en Inglaterra. Y desarrolló el "*common law*" relativo sobre los testamentos sobre bienes muebles.

o) LA HERENCIA EN VIDA COMO PRACTICA INGLESA

Los juristas ingleses hablan de "*uses and wills*". El concepto de "uso", es simple, únicamente requiere que el propietario convenga derechos a otra u otras personas en el entendido que el propietario (*donor*) o alguien que él designa tiene el uso o provecho de la

propiedad, mientras que para otros propósitos se le considera como propietario original. El uso es para beneficio del propietario o como se dice ahora respecto al "trust", para el beneficiario. El beneficiario, esto es el "donor" de sí mismo. En términos técnicos el "donor" fue llamado "feoffor" para los usos lo que podríamos traducir como beneficiario de las utilidades.

En los "uses", el beneficiario recibe el nombre de "cestui que use". En la actualidad se llama fundador fidecomisario o beneficiario. Las raíces de este mecanismo cuyas analogías se encuentran en el Derecho Romano, yacen en las resoluciones de las cortes inglesas. Hay razón para creer que el sistema fue usado por los cruzados que entregaban tierras a sus amigos para su propia conveniencia durante su ausencia, incluso no expresaban voluntad testamentaria sobre las tierras, instruyendo únicamente a sus amigos de la disponibilidad en caso de que su retorno no se realizase. Las cortes del "common law", para estar seguras no disminuyeron esta intención y reconocieron sólo la transmisión por título legal. En un principio los "uses", fueron protegidos por las cortes eclesiásticas, En el reinado de Enrique III, 1216- 1272, las cortes cristianas no tuvieron más jurisdicción sobre este punto. Después de este reinado, para forzar en la conciencia de los amigos o para persuadir o autorizar a sus confesores, puesto que la obligación fue reconocida por la Iglesia, y fue sometida a las obligaciones espirituales. A mediados del siglo XV, los "Uses" obtuvieron el reconocimiento de la Cancillería.⁹⁴

⁹⁴ Kempin, Op. cit. tomado de págs. 173-175

El mecanismo fue utilizado para dar cumplimiento a varios propósitos, así se mencionan que la transmisión de la tierra del difunto que provenía de los "uses", no se transmitieran sino hasta la muerte del fundador y para beneficio del efectivamente designado. Esto sirvió para que en las disposiciones testamentarias de la tierra, el beneficiario pudiera pagar directamente las deudas del "donor" antes de su muerte, y así se hizo más fácil para el "donor" la obtención del dinero. Esta práctica fue usada hasta 1377 para ocultar la propiedad de los acreedores.

En 1331 los "uses" fueron creados en favor de las iglesias con licencia real, y desde 1393 fueron utilizados a favor del "cestui que use". A partir de 1489 fue usado para lograr alivio y custodiar a aquéllos que estaban bajo la potestad del "feoffor", en usos otorgados por el propietario.

p) LAS LEYES DEL SIGLO XVI QUE SE ADAPTARON A LOS SISTEMAS FEUDALES.

En 1536 después de un largo período de insatisfacción real con el mecanismo del "use", se dictó una ley con la esperanza que fuese abolido y así el mecanismo ya no fue usado para sustituir al testamento. En 1536 el estatuto de "Enrollments" fue dictado para proveer las bases de un moderno estilo de uso de la tierra y aun cuando esto al principio no fue claro en adelante se proveyó que el "statute of uses", pudiese ejecutarse si convenia con un título completo a favor del beneficiario, una vez que el precio había sido pagado. El título en función de la ley de "uses" se convirtió en una orden para el comprador. Esto significa que las disposiciones secretas del uso de la

tierra fueron satisfechas porque las mismas no eran contrarias al orden jurídico impuesto por la realeza. El clásico método de convenir tierra fuera de disposición de derechos posesorios, fue requerido por un tipo de ceremonia en la que el vendedor daba una parte de la cosa vendida con las palabras apropiadas para la transmisión. Se consideraban útiles para el público; las Cortes procedieron creando un nuevo estilo, la transmisión en la venta fue llamada a una amplia publicidad. Consecuentemente el "*Statute of Enrollment*" provee que en esas circunstancias fuese inefectiva a no ser que se diese la publicidad; y si ésta no se satisfacía, el primer propietario podía tener el título y la eficiencia legal suficiente.

En adelante el comprador pagaría el precio al propietario aun cuando los inmuebles fuesen destruidos por el fuego. Por eso se impuso al comprador tomar un seguro en contra de los riesgos cuando había un convenio de venta. Este es uno de los pocos casos por el que para el Derecho, dos personas podían recibir la misma indemnización respecto de la misma propiedad.

g) LOS MODERNOS "TRUST" Y TESTAMENTOS

En el "*common law*" actual, el "*trust*" queda lejos de las excepciones del "*Statute of uses*", tal y como han sido interpretados por los jueces. El "*Statute*" fue una respuesta al sistema feudal y a las series de deberes y servicios. El feudalismo para fines prácticos finalizó poco después de la muerte de Enrique III y en 1660 una ley abolió sus residuos. En adición Enrique III, señaló el principio de una

era de exploración y desenvolvimiento en la forma en que ha quedado hasta hoy.

La Ley en sí misma, sólo se aplicaba a las tierras, posesiones y herencias, y de ninguna manera a la propiedad mueble. Consecuentemente los "uses" ahora llamados "trusts" pueden ser creados, en nuevas formas de propiedad; "stock", bonos y dinero en general. Las costumbres de los antiguos usos ahora indican que el "feoffee" fuera el "cestui qui use" y el "feoffee use" no tienen obligación de ejecutar, excepto la entrega de la propiedad. Consecuentemente los jueces clasifican las reglas como de "trust" activo, distinguiéndolo del pasivo o "dry", que sólo era ejecutado si recaía en propiedad inmobiliaria. Un "active trust" es aquél en que los "trustees" tienen la obligación de ejecutar la colección y los impuestos de los fundos constituidos. Un "trust" pasivo es aquél que exige un título legal y no impone a los "trustees" a hacer algo en concreto. Actualmente el "passive trusts" no es ejecutable y el fundador puede demandar el retorno de la propiedad convenida bien sea inmobiliaria o mobiliaria.

En los testamentos modernos, en 1536, el "use" fue comúnmente empleado con el crecimiento de la clase mercantil. En particular su abolición causó considerables trastornos, las costumbres sobreviven hasta su muerte. El resultado fue la causa suficiente del "Statute of wills", 1540, que provee testamento para todas las posesiones y en las dos terceras partes de las posesiones militares. A partir de la abolición del feudalismo de 1660, la posesión militar fue suprimida y la tierra pudo estar sujeta a las disposiciones del testamento. Con el advenimiento de la revolución industrial y las formas corporativas de los negocios, enormes fortunas inimaginables llegaron a existir y

fueron potentes competidores de la organización política del gobierno. Vinculado con las necesidades del éste se expresaron en las mas variadas tareas y fueron sujetos de disposición de propiedad testamentaria. Incluso el derecho de hacer testamento se puso en duda y los impuestos hereditarios pasaron de una a otra generación. El impuesto sobre la renta sólo fue aceptado cuando se redistribuyó el propio impuesto en vida puesto que los impuestos hereditarios llegaron a nulificarse por la concentración del poder económico en familias y grupos. En el pasado feudal de Inglaterra se pagaba para obtener las herencias; ahora los sucesores pagan impuestos sobre la renta.⁹⁵

V.- TORTS

Puede traducirse como agravio o injuria y los tratadistas indican que la palabra tiene su origen etimológico del latín "tortus", que a su vez la tomamos del francés que significaría equivocación, torcimiento o torcido.⁹⁶

El término "tort" abarca muy diferentes clases de equívocos, por lo que los juristas ingleses dicen que puede describirse pero no definirse. Si se provee a los remedios en realidad estos surgen a propósito del rompimiento del contrato. Desde el punto de vista procesal, los ingleses indican que sería una "injunction"⁹⁷ en contra de futuras violaciones de derechos. Los "torts" se refieren a injurias de la persona a las propiedades o a la reputación. Se dice que la oveja

⁹⁵ Kempin. Op. cit. págs. 178-179.

⁹⁶ Kempin. op.cit...Tomado de págs. 180-181.

⁹⁷ Robb. Dictionary of Legal Terms. Según Robb. Injunction significa "requerimiento judicial", pág. 175.

muerta no tiene acción contra el lobo, no importa que la injuria fue intencionalmente infringida, accidental o inevitable pues esto no marca ninguna diferencia.

El problema que se presenta ante las cortes y legislaturas, se encuentra en determinar a que costos se extiende la satisfacción y la injuria. El "*tort law*" fue desenvuelto en una forma muy amplia y los vientos actuales que se respiran en las cortes son favorables a los actores.

Los cambios del costo de la injuria han sido ventilados en muy diversos caminos. Se atiende en la persona que causa la injuria sin tomar en cuenta la persona que la ha recibido, se pone atención en la falta, y bajo este aspecto no será procedente sino cuando se ha aclarado el término falta. Finalmente, hay una tendencia a la absoluta responsabilidad si se produce una injuria debe hacerse responsable. La falta de intención de injuriar y la ausencia de reconocimiento de la falta puede ser inmaterial.

Estos principios se han desarrollado en moderno "*common law*" y el "*common law*" no nos indica por que no se llega a la compensación de una persona injuriada, sino después de una serie de reglas que han sido llamadas reglas de "*no duty*" es decir, impuestas en caso de "no responsabilidad" y son la asunción del riesgo, la contribución a la negligencia y las consecuencias de ambos. Es difícil, sino imposible, encontrar un caso en que haya una injuria que no haya sido compensada, cuando se eligió la falta, o lo que nosotros llamamos culpa, o lo que actualmente se llama negligencia, se ha llegado a la moderna teoría del "*tort law*". El fundamento de las compensaciones a

los trabajadores es un producto de la responsabilidad de casos que observa sin mirar la intención o la falta las injurias causadas por sus productos.

a) *EL ANTIGUO COMMON LAW*

No distinguía entre crímenes y “*torts*”, las injusticias eran llamadas felonías (felonies). En las ofensas punibles denominadas felonías se entabla la batalla que decide la culpabilidad del acusado, pero existe un grupo de ofensas referidas a los violadores y transgresores del derecho, y así dijo Blakstone⁹⁸ que cada crimen es una transgresión, pero, no toda transgresión es un crimen, “*every felonie is a trespass*”, “*but every trespass is not a felonie*”, existe un grupo de violaciones en que la ofensa se llama “*misdemeanors*” y aquéllo que llamamos “*torts*” fue mezclado con crimen. Todas las ofensas fueron sujetas de penas y multas, pagables en parte a la corona y en parte a la persona injuriada.

El “*writ of trespass*”, significa acción de crimen, la palabra “*trespass*” fue ampliada en muy diferentes tipos de acciones envolviendo “*torts*” civiles; pero nunca fue aplicada para las antiguas acciones. Las acciones relativas a la propiedad inmueble o las referentes a los muebles, deudas o cuentas no fueron “*tort*” por que no se basaban en la injuria cometida al demandante. Existe una línea que caracteriza la defensa de lo que nos corresponde y de lo que hemos sido privados. El “*writ of trespass*” fue usado en las cortes reales, especialmente en el King’s bench; bajo éste “*writ*” las ofensas

⁹⁸ Blakstone, op. cit. p. 946

pequeñas fueron separadas del "tort", el "writ of trespass" servía de fundamento para alegar la paz del reino, pero después, fue abandonado el alegato. Una temprana forma de "writ" acusando al demandado de haber cometido asalto y violencia en contra del actor, se argumentaba como contrario a la paz del reino. Las últimas frases fueron usadas en las jurisdicciones del rey sobre aspectos civiles que no eran criminales. La palabra "felony" no fue usada en un procedimiento de "responsabilidad"; entendiéndola como una acción privada. En este caso, el actor probando su demanda recuperaba daños por el asalto y la defensa sufrida, y el rey podía imponer una multa. El "writ of trespass" apareció en el año 1250, y fue ampliamente desenvuelto en el siglo trece, esto significó una desventaja para los demandantes, pues se otorgaba una justicia imparcial, ante los jueces del rey.

b) LAS ACCIONES NOMINADAS DEL TRESPASS

Como su nombre lo indica se regulaban con nombres, es decir eran nominadas. Las que concernían a la persona fueron denominadas "Vi et armis" con violencia y armas; el "trespass" relativo a la propiedad fue llamado "quare clausum fregit", por el despojo de lo que nos corresponde. Finalmente, el "trespass" relativo a mercaderías fue llamado de "bonis asportatis" (por toma indebida de los muebles) estas formas fueron aplicables solamente en hechos.

c) LAS ACCIONES DE TRESPASS INNOMINADAS.

Otras acciones de "trespass" fueron desarrolladas en los límites de los "writs" específicos y variaron de caso a caso estos fueron llamados "trespass on the case" indicando con esto que el "writ" obtenía formas reflejadas en la verdadera descripción de los hechos. Estas circunstancias del "trespass on the case", a menudo llamado simplemente "case", fue la materia de disputa de la interpretación del art. 24, de "Statute of Westminster the Second", 1285.

La ley fue creando autoridad al canciller para instrumentar acciones en el "trespass" on the case, una moderna teoría del profesor Milsom⁹⁹ indica que, el "trespass" fue usado en casos sombríos tales como asalto, violencia, despojo de tierras, y casos en donde la conducta no era obvia, el término "case" sólo apareció hasta 1370.

d) TEORIAS DE LA RESPONSABILIDAD BAJO EL WRIT OF TRESPASS.

En la actualidad, la doctrina del "Stare Decisis" invita a los abogados y a los jueces a pensar en los términos de los precedentes legales, de aquí se obtienen reglas detalladas. Los abogados medievales tradicionalmente, no usaron este método; no tomaron en consideración las opiniones judiciales en el sentido moderno. El objetivo del "common law" medieval fue producir un resultado fundado en la razón y los abogados sabían que la razón no es un monopolio de la profesión legal.

⁹⁹ Kempin citado por. p. 188

La teoría de la responsabilidad bajo el "*writ of trespass*" no fue desenvuelta. El objetivo de los abogados era obtener una correcta decisión basada en un entendimiento común. El "*writ of trespass*" inicio su desenvolvimiento en la corte de "King's Bench", a mediados del siglo XIII, y abarcaba aspectos de responsabilidad, tales como asalto con violencia, robo de mercaderías y despojo. En las cortes reales la más antigua denominación de las acciones de "*trespass*" por injurias fue, el "*trespass vi et armis*" que imponía responsabilidad por actos que implicaban el rompimiento de la paz causada por injurias directas.

Las violaciones que no se ventilaban alegando la paz del reino fueron desahogadas en las cortes locales. Las soluciones en estas cortes variaron de lugar a lugar por que no existía un derecho local clasificado como responsabilidad. Cada vez que se alegara el peligro de la paz del reino, la demanda podía ventilarse en las cortes reales. El alegato fue omitido si el actor prefería las cortes locales. Los alegatos en ocasiones eran falsos, pero las cortes reales sólo tomaban en cuenta si en verdad corría riesgo la paz del reino. Hacia finales del siglo XIV, las cortes empezaron a recibir acciones de "*trespass*", inclusive aunque no se alegase el peligro de la paz del reino, por supuesto que si esto se indicaba en la demanda tenía ciertas ventajas. En función de lo no alegado las cortes inferiores en el siglo XVI, comenzaron a referirse a los casos que en ese camino podría pues ejercitarse la acción alegando o no, el rompimiento de la paz del rey. En 1617, en el caso "*Weaver v. ward*" ¹⁰⁰aceptaron la excusa de la inevitabilidad, y el "*trespass*" fue sin su falta. En el siglo XVII, una nueva teoría afirmó que el "*trespass*" era por injurias directas y, el

¹⁰⁰ Idem p. 188, citado por Kempin.

"case" por injurias indirectas. En 1773, en el caso de "Scott v Sheperd",¹⁰¹ colocó en los jueces, el problema de si el "trespass" era la forma apropiada de la acción, en el caso de Sheperd intervienen dos personajes: Willis y Ryal. Scott eligió no demandarlos pero si a Sheperd, el juez Justice Blakstone, pensó que la injuria era consecuencia no inmediata, y que en éste caso no podría demandar a los otros.

La mayoría opinó en forma contraria, pensaron que Sheperd que había dañado. La injuria había sido inevitable a consecuencia de los actos de Sheperd y fue causada por su intención en una omisión indiscriminada. Se sostuvo que Willis y Ryal no fueron libres y que actuaron por necesidades compulsivas para su propia satisfacción.

En estas circunstancias el "*trespass on the case*" comenzó a tratar los casos donde había negligencia. En el siglo XIV esos casos de "*trespass*" alegaban fuerzas y armas y el rompimiento de la paz del reino, sin mencionar las omisiones negligentes. Cuando las cortes reales cesaron de alegar las fuerzas y las armas para el rompimiento de la paz, la acción de "*trespass on the case*" empezó a aceptar el incumplimiento de los deberes y las negligencias. Una multitud de figuras fueron abarcadas en este nuevo "*writ*".

En el siglo XIII, la concepción jurídica ha llegado a ser más clara. Si un acto era resultado de injuria no voluntaria; el "*trespass*", lo abarcaba. Si la involuntariedad era accidental, el "*trespass*" funcionaba estimándose como injuria que devenía directa a consecuencia de los actos. Las faltas eran inmateriales, y el

¹⁰¹ Idem pág. 188. Citado por Kempin.

demandado se consideraba como responsable. En el *"trespass on the case"* las faltas eran básicamente elementales. La demanda procedía si probaba la falta alegada, si la injuria no abarcaba la falta del demandado el hecho de que se alegase el resultado.

e) Conclusión.

El cambio del *"tort law"* hacia la doctrina de la responsabilidad es más amplio de lo que pueda uno suponer y en cuatro casos puede ejemplarizarse:

1. - Responsabilidad de los empleadores por las injurias sufridas por sus empleados en el curso del trabajo;

2. - responsabilidad por daños sufridos a las personas en la construcción de edificios;

3. - responsabilidad en las instituciones benéficas por daños cometidos por sus empleados, y;

4. - responsabilidad de los industriales por las injurias causadas por defectos en sus productos.

En el siglo XIX el *"common law"*, sufrió un cambio sosteniendo que los empleadores eran responsables de las injurias sufridas por sus empleados, y al respecto se adoptaron tres excepciones. La primera mencionaba la contribución a la negligencia, en este caso si el empleado era negligente el empleador no era responsable de daños. Otro método de defensa se encontraba en la asunción del riesgo, el empleado conocía la peligrosidad del trabajo y asumía los riesgos. El

tercer camino de defensa recibe el nombre de doctrina del trabajador compañero, si la injuria ocurría, era a causa del compañero y en este caso el empleador no era responsable.

VI.- CONTRACTS.

Al decir de Kempin, la palabra "contract" corresponde a la artesanía legal, comprende el dar fuerza a una promesa o promesas que sucederán en el futuro.¹⁰²

El "*Common law*" sobre los contratos concierne a los elementos por virtud de los cuales las promesas serán forzadas ante las cortes. Deben distinguirse dos tipos de contratos, el primero corresponde a una transacción primitiva y es el contrato de venta. En estas ventas elementales no hay promesas futuras que se envuelvan. El segundo se vincula con una transacción sofisticada que abarca varias conductas futuras. Con vistas a la historia de los contratos en el "*common law*" angloamericano debemos distinguir el contrato formal del informal. El primero es un documento escrito, consagrado bajo sello; el contrato informal surge de los hechos o de una situación o expresión verbal o escrita. Los contratos formales e informales derivan de diversas fuentes, el común o sea el formal surgió protegido con el "*writ of trespass on the case*". El contrato formal es mucho más antiguo y surgió el día en que se dió significado formal a los actos solemnes, especialmente cuando estaban acompañados de una ceremonia. Formas tempranas de contratos surgen cuando el gobierno central fue afectado por problemas y no con las disputas puramente privadas.

¹⁰² Kempin. Op. Cit. Pág. 210 y sig..

Consecuentemente a principios del siglo XIII, las cortes reales sólo tuvieron jurisdicción sobre disputas de tierra y crímenes importantes. La primera se explica por la importancia de la tierra en la concepción feudal y la segunda fue esencial para una sociedad ordenada.

"Las cortes de la iglesia y las promesas".

Las cortes de la iglesia inspiradas en los principios básicos del Derecho Romano y en los de la teología, sostuvieron la teoría que el rompimiento de una promesa era el rompimiento de la fe, sobre la cual la iglesia reclamaba jurisdicción. En las cortes de la iglesia una promesa acompañada de una joya de mano o arras reconoció como obligatoria. Las cortes reales no intervinieron en el derecho de las cortes locales para escuchar disputas que no interesaban al gobierno local, sin embargo desaprobaron las prácticas de las Cortes de la Iglesia de inmiscuirse en estas materias y la imposición de penas civiles. Esto fue claramente expresado en la Constitución de Clarendon en 1164, que marcó para éstas disputas la jurisdicción del "common law". En consecuencia, la justicia del rey abarcaba la transacción que venía o no acompañada de una prenda. En adelante un defraudador que se negaba a cumplir una promesa acompañada de una prenda era culpable de perjurio, y el perjurio era una ofensa moral sobre la cual la iglesia tenía jurisdicción. Con estas bases las cortes de la iglesia ordenaron el cumplimiento de la promesa. Las cortes reales de tiempo en tiempo emitían un "*writ of prohibition*" demandando que las Cortes de iglesia desistieran de fundamentar en fuerza esas promesas. La práctica sólo fue abandonada hasta el siglo XV.

1). GARANTIAS DEL CONTRATO

Las cortes iniciales otorgaban fuerza a los contratos a través del concepto de prenda. Si una persona había hecho una promesa fundamentada en una prenda como garantía de su cumplimiento, la promesa no cumplida tenía como consecuencia la pérdida de la prenda. La prenda entonces llamada "wed" o "gage", tiene un resabio moderno en las casas de empeño (pawn shop). Cuando una persona lleva muebles a la casa de empeño obtiene un préstamo y sino paga pierde la prenda, por esa razón los empleados de la casa de empeño retienen para sí las cosas empeñadas. Esto nos conducirá a entender las hipotecas como prenda de muerte "mortgage". La persona que necesita dinero y que entrega su propiedad inmobiliaria no la transfiere y podrá recuperarla si repaga la suma. El "common law" de "mortgage" tuvo varios cambios. Remanente es la ceremonia cristiana del matrimonio en la que el novio dá en prenda su honor como seguridad de la promesa de cuidar a su mujer, y está a su vez será el guardián. La prenda moderna de seguridad envuelve una promesa de repagar que constituye la base de la obligación.

2).- ACCIONES DEL COMMON LAW ALREDEDOR DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.

Los primeros jueces y abogados no pensaron en las modernas categorías de contratos e injurias, sólo acudieron a acciones encuadradas en el sistema de "writs". Algunos "writs" del "common law" son predecesores de los contratos. En la actualidad se acepta la definición de contrato expresada en el "restatement of contract": "Un contrato es una promesa o conjunto de promesas para cuyo

cumplimiento el "*common law*", da acciones y en caso de cumplimiento el "*common law*" lo reconoce como una obligación ¹⁰³Sin embargo, el "*common law*" nunca avaló las promesas en sentido directo, y por consecuencia, sólo tardíamente cayeron en la definición moderna. Los "*writs*" del "*common law*" que fundaron los modernos contratos fueron denominados, "*debt*" "*covenant*", "*detinue*" y "*account*", y surgieron en el siglo XII, y han estado vigentes por cinco siglos durante los cuales obtuvieron cambios importantes

a) ACUERDO

La palabra "*covenant*" significa acuerdo. Para que pueda exigirse es necesario que se haga por escrito. Aparecen estos "*writs*" en siglo XIII, con el propósito de proveer una acción dirigida a los vendedores de tierras que han roto su promesa. El remedio era necesario para que los poseedores (*possessory assizes*) fueran protegidos. En principio las acciones sólo estaban vigentes al término del arrendamiento, más tarde algunos daños fueron impuestos. De ahí el uso de "*covenant*" se extendió a toda clase de acuerdos. Si se tenía éxito se condenaba al demandado a dar cumplimiento al acuerdo, y si éste no cumplía con el contrato se le imponía el pago de daños. Estos acuerdos eran promesas de hacer algo en el futuro, tal como después definirá el contrato. Sin embargo en el siglo XIV, las cortes exigieron que los acuerdos se hicieran bajo sello, entendiéndose por éste, cualquier símbolo adoptado para identificación. Generalmente se imprimía en cera que era colocada en el documento escrito y a la cual la persona marcaba con su anillo; los anillos eran individualmente hechos e

¹⁰³ Kempin. Op. Cit. Pág. 214. Tomado de.

identificables, el sello provocó un cambio en la concepción, pues antes del mismo sólo se pedía un documento escrito. En adelante el documento mismo fue el acuerdo. El instrumento sellado se llamaba “*a deed*” y mostraba que éste había sido colocado por el demandado, el cual no podía denegar la obligación y cambiar el “*common law*” en contra del “*deed*”. Sin embargo, el demandado podía alegar en contra del instrumento sellado que había sido falsificado, sujeto a violencia, o a un error obtenido de un iletrado. El requerimiento del sello significa que el “*writ of covenant*”, no pudo ser usado para forzar acuerdos informales. El desarrollo del contrato exigió otros “*writs*” para forzar los acuerdos informales, lo que acaeció en el siglo XVI. Las acciones con documentos sellados continúan vigentes en Estados Unidos, y aún hoy día, en estos casos, el contrato llamado contrato formal es ejecutado sin tomar en cuenta la existencia de la causa o “*consideration*” de las técnicas de oferta y aceptación.

b) DEUDA

La acción de “*debt*” probablemente adoptada después de una amplia práctica en las cortes locales se mencionaba alrededor del año 1187, en la época de Glanvill’s, y en los siguientes cincuenta años logro su desarrollo.¹⁰⁴ Conforme a la “*actio of debt*” una persona deberá pagar el precio convenido una vez que sea requerida. En principio la “*actio of debt*” podía hacerse valer en las cortes reales cualquiera que fuese su monto. Esto no significa que los casos de “*debt*” de más de cuarenta chelines no pudieran ser ventilados en las cortes locales, es decir, treinta y nueve chelines y once pounds, pero en realidad el “*writ*”

¹⁰⁴ Kempin. Op. cit. pág.216. Tomado de.

of debt funcionaba por más de cuarenta chelines. Una reclamación de "*actio of debt*", debería provenir de un documento bajo sello, pero podía hacerse valer sin el documento bajo sello, y en ese caso la relación se probaba con la producción de consecuencias o con testigos especialmente llamados para la transacción. El actor no podía testificar, después del Estatuto de Mercaderes de 1283, y sólo pudieron usarse duplicados del documento llamado reconocimientos (recognizances)

Entre la persecución de la obligación y el reconocimiento se configura la "conditional bond", antes de recibir el dinero el deudor podía firmar un bono prometiendo pagar el doble de la cantidad de deuda, si no cubría fielmente en el prometido día, el bono era anulado, si el deudor pagaba la cantidad en la fecha prometida o antes de la misma. El doble de la suma no se consideraba interés, que para la costumbre de la época era ilegal en todas las instancias, por que el deudor podía anularla pagando la suma de la deuda.

Los bonos condicionales fueron usados para forzar los contratos formales sometiendo las disputas a la arbitración. Los bonos proveían que si no se cumplía de acuerdo a la decisión del arbitro se pagaría un dinero a título de penalidad. Si no existía el bono formal la decisión del arbitro sólo podía ser forzada mediante una "*actio in debt*".

La "*actio in debt*". Se asemeja al moderno contrato, por que no requiere el alegato de una promesa sujeta a suma cierta, aunque constituye una deuda diferida de un lugar a otro.

c) LAS ACCIONES RELATIVAS A LAS MERCANCÍAS.

En el tiempo de Glanvill's (alrededor de 1180, la deuda podía ser pagada con dinero o con muebles). En el siglo XIII, estos dos usos llegaron a ser formas separadas de acción. La "debt" fue usada para demandar dinero; la "detinue" para demandar mercancías, que habían sido entregadas al demandado y éste no había regresado. Originalmente la "actio of detinue" se fundo en un "bailment" o sea en una entrega temporal de la posesión de mercancías y que se rehusaban devolver. La "detinue" se uso para recuperar muebles, incluso, cuando no existía "bailment" y por consecuencia predio, su elemento contractual. Más tarde fue adaptada para recobrar el precio debido en el contrato de compraventa pero esto fue resultado de un desarrollo moderno del contrato.¹⁰⁵

d) ACCIONES CONTABLES

La última de las acciones precontractuales fue el "account", desarrollado probablemente a principios del siglo XIII, se usaba en contra del demandado que había recibido propiedad del actor, para beneficio del propio actor. En esas circunstancias se puede distinguir el "detinue", porque el "bailment" era para beneficio del demandado. La acción de "account", constituye el remedio original del vendedor de tierras en contra de los arrendatarios que habían recibido dinero o mercancías. Desde este punto de vista se extiende en contra de mandatarios, socios, y aquellos que habían recibido aportaciones para invertirlas, no se dio remedio en adelante sino en contra de tierras

¹⁰⁵ Kempin. Op. Cit. pág- 219

dadas en *"trust"*, para extenderlo y requerir al demandado algo que previamente ha prometido devolver. La *"account"*. Toma algunos elementos del contrato, básicamente se funda en la existencia de una relación formal (arrendamiento, mandato o sociedad), que da surgimiento al deber de contabilizar o hacer cuentas. El *"writ of account"*, incluye una orden al *"sheriff"* (alguacil) para requerir al demandado a entregar cuentas con el dinero del actor. Si el demandado no podía probar el pago (materia del jurado) o que no existía una relación contable, (cuestión legal ante el juez), el juicio para el actor hacia surgir una orden de contabilidad en contra del demandado. Para obtener la auditoría, dos auditores eran designados por el juez. Si los auditores decidían que el dinero podía ser recuperado, esto era el resultado de la *"actio in debt"*.

En el curso del siglo XIV, a consecuencia de los abusos habidos en el cobro de auditores fingidos, al servicio del actor, el derecho de los auditores para colocar a los deudores en prisión fue virtualmente perdido, y las acciones *"in debt"*, para cobrar los montos debidos, quedo atrás, pues los auditores no encontraron elementos para accionar el *"common law"*.

La acción termina con el uso de las novedades contractuales que fueron desenvolviéndose. Incluso las Cortes de la Cancillería desarrollaron un procedimiento de contabilidad mucho más adaptable a las condiciones en contra de los mandatarios y fiduciarios. Ningún cambio del *"common law"* hacia el juicio con jurado fue usado, y el canciller o maestros en cancillería supervisaron el procedimiento contable. Los procedimientos de equidad fueron usados desde ese día

para obtener cuentas de los mandatarios fiduciarios, y otros administradores de propiedades en beneficio de otra persona.

e) TRANSFORMACIÓN DE LAS ACCIONES CONTRACTUALES.

“*Covenant*”, “*debt*”, “*detinue*” y “*account*”, desaparecieron frente a las acciones modernas contractuales y no fueron usadas más para el cumplimiento de las promesas. Las razones particulares provocaron su terminación o reemplazo. “*Covenant*”, requirió un documento sellado y ésta formalidad fue impropia para usarse en las transacciones mercantiles. El “*debt*” sólo funcionaba cuando la suma reclamada era cierta, y si no lo era, la acción no procedía a menos que hubiese una forma sellada el demandado podía evadirla. En adelante la acción de “*debt*” no pudo ser usada en contra de los ejecutores o albaceas de las sucesiones de personas, porque los ejecutores no podían hacer prevalecer el “*common law*” en el caso de una persona muerta. Además la acción fue abusada e impopular y la misma, fue cambiada por una moderna teoría del contrato.

“*Detinue*”, fue usada para cambios del “*common law*”. No proveía acción si el mueble era regresado en condiciones dañadas y el demandado incluso podía elegir pagar el precio del mueble a regresar. La acción fue subrogada por una nueva acción denominada “*trover*”. La teoría del “*detinue*” sostenía que el demandado ostentaba ilegalmente la propiedad pero en la teoría del “*trover*” se sostenía que el demandado había convertido los derechos de la propiedad del actor en su propio uso.

La acción de "account" fue cada día más complicada; sus limitaciones a las personas en ciertas relaciones impidió su desenvolvimiento de la teoría contractual. Como hemos visto fue sobrepasada por otro procedimiento del mismo nombre desarrollado en la Cancillería.

f) "LA MEZCLA DE LAS ACCIONES DELICTUALES APLICADAS AL CONTRATO".

Aún cuando los conceptos de "*trespass*" y de contrato surgieron separadamente, tienen una fuente común; el término que conecta a los dos conceptos, es el de deber "*duty*", la base fundamental del "*common law*" de los "*torts*", es la existencia y rompimiento de un deber; la "*assumption*" de un deber constituye la esencia de todo contrato. En el "*common law*" del "*tort*" los deberes se imponen socialmente, en el caso del contrato el deber es socialmente aceptado por el acuerdo. Los "*writ of trespass*" en las cortes reales alegaban el rompimiento de la paz del reino. Este alegato dio a las cortes reales su jurisdicción, sin eso el caso no pasaba de ser una disputa privada que se ventilaba en las cortes reales. El "*trespass*" se basaba en una injuria directa y violenta. La paz del Rey quedaba alterada, peligraba su familia y su servidumbre. Hasta 1328, la paz del rey murió con el rey y en adelante la injuria cometida fue suficiente para ventilar la acción.

En el siglo XIV, fueron presentados muchos casos en el que se alegaba el rompimiento de la paz del rey, pero dicho alegato era ficticio y exclusivamente se hacía para ventilar el caso en las cortes reales.

Un caso importante del desarrollo inicial del “*trespass on the case*”, fue el caso de Bukton frente a Townsen (1348)¹⁰⁶ que más tarde fue conocido con el nombre de Humberferry Case. Un transbordador “ferry”, recibió la demanda a propósito del transporte realizado en el río Hómben. El trabajador hundió el ferry, y a consecuencia de esto un caballo se ahogó. Una parte fundamental de la decisión se basó que el King’s Bench debió haber estado en York en lugar de Westminster, lugar de su permanente estancia. En York no existía el Kings Bench por que en todo caso la controversia se ventilaría en las cortes locales, donde la diferencia entre el “trespass” y “covenant” no era importante, el caso fue llevado en forma de “trespass”, por que si se alegaba la acción de “covenant” el caso no podía ventilarse en el “King’s bench” sino en el “*common please*”.

El demandado argumentó que la acción no debió haberse presentado como una causa de “covenant” y que el “trespass” no era recomendado porque no se alegaba el uso de la fuerza y de las armas, el juez sin embargo pensó que el “trespass” era propiamente alegado ante la impericia del demandado en conducción del “ferry”. El actor alegó, una “*assumpsit*”, es decir, un deber asumido por el conductor del ferry pero el juez declaró que existía “trespass”.¹⁰⁷

Dos décadas más tarde las cortes reales aceptaron acciones de trespass, aunque no se alegasen acciones de fuerza y armas en contra de la paz del reino, en 1332, el caso de “ferry’s case” estableció la modificación. Otros casos fueron llevados en contra de doctores y cirujanos, por tratamiento impropio, incluso basados en los hechos del

¹⁰⁶ Kempin op. cit. p. 223

¹⁰⁷ Kempin. Págs. 224 y 225. Tomado de.

FALTA PAGINA

No.

177

una antigua acción proveía un remedio, esta acción debía agotarse, pero tal requerimiento concierne a la promesa en conciencia. En el siglo XV, el deber del demandado fue impuesto por que ha tomado posesión o control de la instrumentación cuando realizó la injuria. Desde el momento en que se coloca en un control, se asume el deber de cuidarlo. En los días subsecuentes algunas ideas abarcaron el deber impuesto a los demandados socialmente y no individualmente, por que fueron "common callings"¹⁰⁸ en el cual se impone un deber de cuidado; los individuos especialmente escogidos fueron los que realizaban una labor profesional en que la gente solicita en servicios tales como los de doctores cirujanos, conductores de naves y de carretas. Los trabajadores comunes fueron incluso por ley contratados por alguna bajo forma de salario.

g) VENTA DE EFECTOS EN LA EPOCA MODERNA.

Un desenvolvimiento de la acción "of debt" a finales del siglo XV, hace surgir la evolución de la idea del contrato. Esta acción novedosa requería que el comprador actual recibiera los efectos antes de que el vendedor pudiera exigir el precio, el comprador no recibe beneficios que es la esencia de la acción, "of debt" hasta que las mercancías han sido entregadas. En ese tiempo sin embargo, se exige que el título de las mercancías se entregue cuando el contrato llamado ("Bargain and sale") hubiese sido roto, y, a este efecto, el vendedor hubiese retenido la posesión aguardando el pago. En adelante el comprador recibe un beneficio, el título de las mercancías. Consecuentemente el vendedor pudo demandar al comprador en deuda (in debt) por el precio

¹⁰⁸ Kempin. Op. Cit. pág. 227. Traducción Literal: citación o cuidado común.

convenido, ofreciendo la entrega de las mercancías si el comprador rehusase aceptarlas. Como corolario el comprador pudo ofrecer el pago y ejercitar una acción de "detinue" en contra del vendedor, si éste rehusase a hacer entrega, teniendo el título de las mercancías.

En las cortes del "Common law", la entrega del título no se aplicaba a las adquisiciones de inmuebles. En teoría, finalmente, la entrega de posesión fue necesaria para constituir y efectuar la exigencia. A finales del siglo XV la cancillería desarrolló la teoría del "equitable title", como título reconocido en la corte de equidad que se lanza al tiempo del acuerdo.

h) GARANTIAS MODERNAS.

En la actualidad pensamos en las garantías de los contratos, y tenemos garantías expresas en palabras o escritas o incluso, garantías implícitas que realmente son impuestas por el "common law". Podemos hablar de garantía expresa en el caso de engaño provocado a inducir a contratar y en éste caso, surgen las bases de la rescisión de un contrato inducido fraudulentamente. En los tiempos que estamos analizando hablamos de una garantía sobreentendida con el nombre de "deciť"; en la actualidad pensamos en un engaño como algo construido y hecho con la intención de que la víctima crea en él. ¿Acaso puede establecerse una construcción de hechos inocentes, creyendo que esto es verdad?. Desde el punto de vista del que escucha la distinción no es importante. Así crea plenamente o sea inocente, sufre los efectos del engaño. En la actualidad esta actitud cae en la acción de "innocent misrepresentation". La edad media no

distinguía la posición del sujeto. El "*common law*", se fija en el resultado no en la actitud mental de la persona que se le hace el engaño. Un "*deceit*" era un engaño de hechos materiales, sin importar la intención de la persona que lo hacía. En adelante en el siglo XV, si alguien vende efectos y otorga una garantía expresa concerniente a esos, el rompimiento de la garantía daba remedio con el ejercicio de una acción de "*trespass on the case for deceit*", esta última categoría se distinguió del "*debt and detinue*". ¿Qué palabras constituían la garantía?, ésto se planteaba al jurado. La garantía expresa en el siglo XV no formaba parte del contrato sino como cláusula separada. Para referirse a la garantía como formando parte del contrato fue necesario garantizar el "*covenant*" su rompimiento del mismo "*covenant*" o contrato. Un "*covenant*" forzoso requería un sello en las cortes reales. La acción de "*trespass on the case for deceit*", en adelante proveyó el remedio sobre las bases de que la equivocación que es la base del "*trespass*", hubiese sido efectuada. En adelante la intención o falta de una persona que había dado la garantía era inmaterial y, por cuanto que, la responsabilidad se tomó como absoluta, la acción del engaño era distinta de los elementos contractuales. Sólo había engaño porque éste era esencial en la acción de "*trespass*", pero no por culpa o negligencia.¹⁰⁹

i) LAS ACCIONES ALREDEDOR DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Sólo torturando la lógica puede encontrarse error donde no había sido dado. Sólo excepcionalmente se ejercía con el "*writ of covenant*", pero no fue remedio para el "*non feaseance*", por no hacer nada.

¹⁰⁹ Kempin. Op. Cit págs. 236-242.

Tardíamente en el siglo XV las cortes locales en Londres, proveyeron un remedio para el "non feaseance", a través de la acción, "of trespass on the case on a deceit", en un caso un demandado fue interpelado por "dessein" en la venta de un feudo, como libre. La venta fue rescindida y el demandado colocado en prisión, en función de una sanción por el engaño en contra de una ciudad, hasta que regrese el dinero recibido por la tierra. En otro caso londinense, el vendedor que había recibido el precio procedió a vender los efectos a otra persona. Fue también colocado en prisión aguardando la restitución del precio. En Londres, "covenant", no requiere documentos sellados, basta el argumento de que faltó al convenio.

El caso más conocido de las cortes en este período fue el "dogies case" en 1442, la transacción acaeció en Londres¹¹⁰. El demandado con dinero recibido contrató la entrega de ciertas tierras al actor. Entre tanto conviene la venta de la tierra con una otra tercera persona, se alego el engaño; el demandado objetó que la acción provenía del "covenant" y que no se trataba de un documento sellado. Además, incluso con un documento sellado en una acción "in covenant", pudo suceder que el actor, puesto que "covenant" exigía una orden de exacto cumplimiento, pudiese vender al demandado la tierra a una tercera persona; una gran discusión surgió al respecto, y la acción fue juzgada como objetada. Este caso fue de puro no cumplimiento (non feasance). El demandado actuó mal, incumplió la promesa convenida vendiendo la tierra a una tercera persona.

¹¹⁰ Kempin. Pág. 230. Tomado de.

Contrario a la práctica de Londres el "deceit" en las cortes reales no hacia procedente la restitución en el precio, sino al pago de daños determinados por un jurado. El profesor Milsom ha opinado que esto tuvo lugar cuando el concepto de "deceit" como se aplicaba en las cortes de Londres, fue tomado en las cortes reales. En éstas, la razón del requerimiento de un cumplimiento exacto fue resultado de una orden de restitución del dinero pagado, en razón de que el "deceit", también era una ofensa en contra de la ciudad que se castigaba con prisión. En las cortes reales la restitución no fue el resultado de la acción "in deceit", esto en razón de que el "deceit" abarcaba un puro no cumplimiento (non feasance), en esos casos los abogados convinieron en que el "covenant" era la única acción. El hecho de que el covenant fuese aplicado para la restitución de la tierra convenida, no surgió desde el principio. La posición del problema del comprador no era clara: si el convenio no era esencial en el "covenant" ¿por qué lo era en el "trespass"? Otros casos cercanos de puro "non feasance" se practicaron. El "trespass" incluso, fue usada en el siglo XVI, en contra de las personas que no pagaban las mercancías entregadas a su pedido a una tercera persona. En 1535, en *Hollygrave vs. Knightsbridge*¹¹¹, en un caso ventilado ante el "King's Bench", el juez Fitgames presentó un caso hipotético; Un hombre que quería comprar una pieza de algodón y venderla de inmediato en efectivo, el vendedor no tenía efectivo, otra persona dijo, dadme los vestidos y yo los pagare en una fecha determinada. El juez resolvió que la deuda no ligaba, por que el promisor no había recibido nada y esto sería propio de la acción "on the case".

¹¹¹ Kempin op. cit. p.233

j) EL CONTRATO ENTENDIDO COMO CAMBIO DE CONSENTIMIENTO.

El siguiente paso fue un cambio muy importante para la doctrina; la validez de una promesa mutua de ejecución. Este caso fue ventilado en el "King's Bench" y denominado "indebitatus assumpsit".

k) EXTENSION DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ABARCANDO EL CUASICONTRATO.

Slades frente a Morley¹¹², caso ventilado en 1602, fue verdaderamente simple. Slade alegaba que a petición de Morley, había convenido en vender a Morley parte de sus tierras, pero Morley, inmediatamente después de la compra fue paralizado económicamente y prometió pagar dieciséis libras en cierto día, pero los daños reclamados ascendían ya a cuarenta; el demandado alegó, que la promesa no había sido formalmente satisfecha.

El caso se ventiló en el "King's Bench", y el jurado resolvió el pago de dieciséis libras de daños más veinte chelines por los gastos. En adelante se resolvió que todo contrato mutuo, importa al asumirlo, el pago de lo convenido en ausencia del cumplimiento.

Las consecuencias del caso de "Slades" pueden resumirse que en todo contrato, bilateral, se encierra la asunción de un derecho para la contraparte, lo que significa:

1.- Que las demandas sobre "assumpsit" no implicaron recobrar únicamente los daños sino el cumplimiento de la deuda en sí. Una acción de "assumpsit", incluía una acción "in debt" y viceversa.

¹¹² Kempin. Op. Cit. pág. 238

2.- Señaló el final de los cambios del "*common law*", hasta que por último fueron abolidos en el año de 1833.

3.- Aunque los cambios del "*common law*" favoreciesen a los actores, esto dio paso a testimonios de perjurio; consecuentemente setenta y cinco años más tarde en 1677, se dictó una ley denominada el "*Statute against Frauds and Perjuries*".

4.- El jurado civil desarrolló la acción fuera del jurado criminal del "*King's Bench*", en adelante dominado las cortes del "*common law*".

Las consecuencias finales de este caso fueron dos sumamente importantes:

En adelante, los contratos abarcaron a todos los que de hecho se operaban y a los cuasicontratos. Los primeros llamados "*implied in fact*" y los segundos "*implied in fact*"¹¹³.

La segunda consecuencia fue la adopción de la doctrina de la "*consideration*". Esta tesis abarcaba una pregunta elemental ¿Si las promesas que las gentes hacen deben de ser cumplidas cuál es su razón?. Antes del desenvolvimiento de la "*assumpsit*" la respuesta era relativamente clara. En la acción "*on debt*", usted era obligado a cumplir una promesa cuando actualmente había recibido alguna suma de valor a su pedido. Esto fue el concepto de "*quid pro quo*".

En Estados Unidos la doctrina contractual fue desarrollada con el impedimento de cumplimiento de la promesa, "*promissory estoppel*"¹¹⁴

¹¹³ Kempin. Pág. 242. Tomado de

¹¹⁴ Robb. Dictionary of legal terms. Lo. traduce como "impedimento promisorio".

I) TRANSFORMACIONES A LA LUZ DE LA ECONOMIA ACTUAL.

En la anterior explicación del desenvolvimiento del contrato hemos analizado un extenso período desde el comienzo del "common law" inglés hasta el siglo XX, actualmente surge la necesidad de los contratos en una sociedad comercial no más, en una sociedad agrícola. Cuando el comercio tenía relativa poca importancia el sistema comercial de los "manors", fue el punto esencial de la sociedad y entonces únicamente requirió la coerción en las promesas mutuamente ejecutorias. Las antiguas acciones del "debt and covenant", y la ley de los comerciantes con fuerza ejecutiva, fue suficiente para satisfacer las necesidades económicas de la sociedad.

El inicio del desarrollo del contrato acaeció a partir del siglo XV, y llegó a ser más enérgico en el siglo XVI, hasta que finalmente completó su estructura legal en los siglos XVII y XVIII y, ésta evolución coincide con la terminación del sistema de "manors" en Inglaterra y el desenvolvimiento de un mercantilismo y por consecuencia, de un capitalismo como sistema económico. Los "manors", como sistema feudal funcionaron suficientemente; hasta el siglo XIII, a partir de esa fecha hay una tendencia de los terratenientes de guardar sus animales de pastoreo en las tierras comunes. El comercio surge cuando se explota la lana, y fue seguido de un movimiento que acaeció en varios siglos por el abandono de la organización tradicional de la agricultura. Las posesiones cedieron tierra al crecimiento de las ciudades, en función de una organización más avanzada de la agricultura que desplaza el antiguo "manors", y esto ocurre por la necesidad monetaria de satisfacer las crecientes demandas de las

nuevas clases. A su vez en las ciudades surge el empleo; las nuevas manufacturas emplearon una nueva clase e hicieron surgir un nuevo orden económico; el feudalismo que principió como un sistema militar y que cambió en un sistema social basado en la propiedad de la tierra, fue destruido por el comercio y la manufactura moderna y nuevos modos de producción; para esto el desenvolvimiento del contrato fue elemento esencial. El "*common law*" de los contratos fue la respuesta al cambio económico. El elemento esencial del "*law*" fue convertir en coercibles todos los convenios, y el cambio de los valores en los acuerdos de voluntades tomó en cuenta como elemento esencial la doctrina de la "*consideration*".

Hasta el siglo XX, muchos cambios fueron realizados por las cortes y racionalizados por los teóricos. Encaminado en esta senda y tomando en cuenta la cadena de precedentes, el método del "*common law*" se convirtió en imposible de guardarse en todos los tiempos. El resultado fue una legislación que en los Estados Unidos se ejemplifica en la "*Uniform Commercial Code*" de 1972 con sus enmiendas. Este código se aplica sólo en la venta de mercaderías y en sus seguridades pero no en las transacciones de tierras. En adelante el "*common law*" difiere, dependiendo de si se trata de tierras o de otras transacciones.

Los cambios reflejan movimientos en las prácticas de los negocios y en sus expectativas. En adelante una opción que es una promesa de oferta abierta tiene que estar avalada con una "*consideration*", aún hoy una promesa gratuita es una opción que no tiene fuerza, todo contrato requiere de una contraprestación.

Los cambios consensuales se fundan en la buena fe. Muchas provisiones, regulaciones del código, consideran válidos los acuerdos hechos en concordancia con las transacciones comerciales, aún cuando no se guarden las formas legales. Lord Mansfield que consagraba muchas de las prácticas comerciales habidas desde el siglo XVIII, estaría completamente de acuerdo con las prácticas modernas.¹¹⁵

VII.- LA CONTRATACION MODERNA EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

A continuación, resumimos en grandes líneas la contratación moderna, lo cual puede verse como un desarrollo de lo anterior o bien como un apartado diverso.

a).- DERECHO DE LOS CONTRATOS

El presupuesto relativo al Derecho de los contratos nos vincula con cinco subtemas, primeramente hablaremos de una introducción general; enseguida del nacimiento del contrato; la teoría de la causa o "consideration", el contenido del contrato y la "genuineza" o desarrollo genuino del mismo, y los efectos de la obligación contractual.

Introducción.- La Teoría General Del Contrato desarrollada en Inglaterra y en Estado Unidos tiene una mayor amplitud que la obtenida en la familia Romano Germánica. Es cierto que la familia Romano Germánica ha desarrollado una teoría general del contrato, pero desgraciadamente se limita a aplicarla a lo que se llaman

¹¹⁵ Kempin. Op. Cit. opinión. tomada de pág. 254

contratos civiles. Con mucha cautela se aplica a los contratos mercantiles y finalmente es ausente en los contratos administrativos.

La concepción del “*common law*” y “*la equity*” condujo a los juristas a ver en el contrato civil, mercantil o administrativo una unidad. No existe, para ellos las distinciones que nosotros hemos hechos durante siglos. Por el contrario la unidad resulta desde el momento en que como hemos visto surge el “*writ of assumpsit*” entendido como un medio procesal para resolver los litigios contractuales.

En segundo lugar hay una característica fundamental tanto en el derecho Inglés como en el norteamericano y es que a sus juristas no les interesan las diferencias entre las distintas clases de contratos. En todos ellos aplican, como veremos, las reglas de nacimiento, causa, contenido y certeza en la voluntad del contrato sin poner atención en las reglas específicas. Es decir han elaborado una verdadera Teoría General del Contrato fundado en el punto de vista práctico.

Finalmente, el jurista inglés y el norteamericano no hacen una distinción entre doctrinas de obligaciones y doctrinas de contrato. Las obligaciones están implícitas en todos los contratos una vez que estos se han formado, no se entiende una concepción de la obligación ajena a la acción contractual. La distinción que la familia Romano Germánica ha hecho de obligaciones y contratos, es difícil de explicarla si no se coloca en un punto de vista histórico. Recuérdese que en Roma solamente son obligaciones “los vínculos de derecho que nos constriñen a la necesidad de dar una cosa según las leyes de nuestra ciudad” es decir, que las únicas obligaciones válidas eran las que surgían entre ciudadanos. Como los esclavos, los “*alieni iuris*” y las

mujeres no podían responsabilizarse civilmente se elabora una doctrina fundada en la “obligación natural” como diversa al contrato escrito.

En otras palabras, la justificación del porque existe un capítulo de obligaciones y otro de contratos se entiende porque no todas las personas podían obligarse civilmente y para ellas se idea la noción de una “obligación natural”.

Una doble aclaración debe hacerse de las dos últimas afirmaciones, en primer lugar los derechos emanados del “*Common law*”, no ignoran las distinciones de los contratos, pues incluso hay una relación de venta de muebles, de trabajo, de arrendamiento de inmuebles, de organización marítima. Muchas de sus reglas son de origen legislativo.

La segunda aclaración es en relación con el derecho de los Estados Unidos

Existe un Código uniforme de Comercio en este Código (Code; la palabra “code” tiene la acepción que veremos al estudiar el acto administrativo, y significa una especie de acuerdo entre especialistas.

El Acuerdo Uniforme de Comercio tiene reglas que han sido desenvueltas desde hace cientos de años, y aún cuando el acuerdo en sí es moderno, pues fue puesto a disposición de los Estados a partir del año de 1978 ha sido aceptado casi por la totalidad de las legislaturas estatales y por tal, convertido en “act o statute”. Sus finalidades al decir de Calvy and Coleman¹¹⁶ son tres siendo la

¹¹⁶ Calvy and Coleman, American Law y Legal Sistem, p.239

primera para simplificar aclarar o modernizar el derecho relativo a los convenios mercantiles; la segunda para permitir la expansión de las prácticas comerciales, a través de un uso y costumbre y por acuerdo de las partes y la tercera para mantener uniformidad entre las diversas jurisdicciones Estatales.

El mencionado Acuerdo General de Comercio contiene diez denominaciones que en la técnica legislativa de los Estados Unidos reciben el nombre de artículos, cada uno de estos artículos ó sea, para nosotros capítulos, tienen diversas secciones que corresponderían a lo que nosotros entendemos por artículos. Los diez capítulos son los siguientes: El primero hace referencia a las provisiones genéricas; el segundo a las compras; el contenido del tercero se refiere a lo que se denomina papel comercial; el cuarto a los bancos de depósito y ahorro; el quinto a las cartas de crédito; el sexto a los almacenes de depósito; el contenido del séptimo hace referencia a los almacenes; el capítulo ocho regula las seguridades en las inversiones. ; la extensión del capítulo nueve tiene por contenido las transacciones, las ventas, los derechos contractuales y papeles mobiliarios, y finalmente, el capítulo décimo regula los efectos de comercio y las acciones de regreso.

Con esta práctica los Estados Unidos han logrado una unidad en los comercios mercantiles, aún cuando la materia sea de comercio intraestatal y por consecuencia recaiga en la jurisdicción local.

b).- LA FORMACION DEL CONTRATO

Para la formación del contrato el "common law" no ha exigido un documento. La antigua exigencia de pedir un sello para que no existiera duda de la obligatoriedad, en el derecho inglés, ha sido substituido dicho sello por un simple círculo trazado enmarcando una identidad de la parte. El sello ha sido abolido y basta la suscripción de la firma frente a dos personas, ésto es, a lo que se llama el "deed", o acta. La Ley relativa a los fraudes y daños (Statute of Frauds and Perjures de 1777) se aplicó largo tiempo hasta que fue sustituida por el Acuerdo Uniforme de Comercio (Uniform Commercial Code) que obviamente no tiene aplicación en Inglaterra. El consentimiento o mutuo consentimiento se forma con una oferta a la que le sigue una aceptación. La oferta indica la voluntad de obligarse. La intención se desprende de las frases usadas que bien pueden ser que el ofrecimiento éste sujeto al contrato o que se trate de un convenio que tiene fuerza obligatoria o de un acuerdo entre caballeros. Es fundamental que la oferta sea aceptada pues entre tanto no se realice la aceptación, el oferente puede revocarla. Es obvio que la aceptación tiene que ser lisa y llana, pues de otra suerte implicaría una nueva oferta. Sin embargo esta regla ha sido modificada en parte por el "Uniform Commercial Code" de los Estados Unidos, puesto que éste admite la validez de una opción y su rompimiento injusto daría base a una reparación.

Como hemos dicho la aceptación tiene que ser sin condición ni reserva, cualquier variante implicaría una contraproposición y esta puede considerarse que está formulada cuando el aceptante coloca la

aceptación al correo sin importar el término que exija la oficina de correos o que de hecho se realice.

Por supuesto que esta regla no se aplica a las comunicaciones instantáneas, especialmente las que se efectúan por el principio general pues, vuelve a aplicarse el principio de que, el oferente no está obligado sino cuando su oferta ha sido aceptada. Por lo tanto no se admite responsabilidad precontractual en la formación del contrato y solamente, se admite un cierto tipo de responsabilidad que sería extracontractual cuando una de las partes hubiere cometido una falta, y a raíz de esta, el otro presunto contratante se hubiere obligado a pagar. En este caso la responsabilidad es "cuasi contractual". Puede decirse que en el derecho del *common law* no se le reconoce fuerza de aplicación al principio de buena fe, como lo tiene expresado el Derecho Europeo. El "*common law*" es muy reticente para admitir un deber jurídico para vigilar los intereses económicos del otro, solo llamándose a la jurisdicción de la "*equity*" podría obtenerse algún resultado, pero éste no podría ser otro que el de anular el posible contrato. Si el oferente se ha fijado un término éste no puede revocarlo sin motivo y sin sanción.

En la formación del contrato, sólo podría hablarse de culpabilidad cuando se hagan afirmaciones falsas de las que pudieran resultar consecuencias dolosas a la otra parte. En Inglaterra a partir de 1964 hay una responsabilidad del que hace una afirmación sin que existan buenas razones. Campea en este aspecto la idea de engaño (*misrepresentation*). Por supuesto que una vez formado el contrato la relación es obligatoria (*quod prius est libertatis postea fit necessitatis*). Por supuesto que no se permitirá ninguna modificación unilateral al

contrato formado. Si el acreedor renunciará a sus derechos, en principio su renuncia no produce ningún efecto, puesto que sería gratuita, sin embargo, la "equity" ha considerado la validez de la renuncia, y es que en este caso la gratuidad de la misma, que implica la ausencia de una "consideration", se estimaría como abusiva.

c) LA "CONSIDERATION".

Tanto para el Derecho inglés como para el Norteamericano la "consideration" es un elemento necesario para la formación de un contrato válido, pues aún cuando el contrato no se haya elaborado por escrito y sea simplemente oral, la "consideration" debe ser probada. Se dice que, "una promesa sin "consideración" es una donación; una vez que se ha realizado la contraprestación o "consideración" estamos en presencia de un contrato.¹¹⁷ De este modo podríamos decir que, la palabra "consideration" aún cuando la mayoría de la doctrina Romano Germánica la traduce como causa, esta traducción no es exacta, pues las resoluciones judiciales la han definido como "algún derecho interés, provecho o beneficio, concedido a una parte o alguna prohibición detrimento, pérdida o responsabilidad impuesta sufrida o colocada a otro"¹¹⁸. Generalmente los juristas angloamericanos hablan de una "valuable consideration" que hace referencia al beneficio que se otorga a una de las partes y detrimento que se impone a la otra, y en este caso significa propiamente el precio. Asimismo se habla de "good consideration" que se impone cuando surge de una obligación moral y en este caso se habla del amor natural o de la afección.

¹¹⁷ Barker David and Colin Padfield 8va. edition, Oxford 1994 p.123

¹¹⁸ Ibidem.

La "consideración" es clasificada en dos grupos:

A) "executed consideration" que significa la obligación cumplida, como el precio o la mercancía recibidos y, b) "executory consideration" que significa el beneficio o detrimento que va a cumplirse en un tiempo posterior.

Las reglas de la "consideration" son cinco, de acuerdo con la Jurisprudencia Inglesa y Norteamericana, Primero.- la "consideration" o causa debe ser real o genuina. En este caso no se toman en cuenta las obligaciones vagas o las promesas nebulosas, el realismo de la consideración debe ser, efectivo.

Segundo: la "consideration" no necesariamente, significa adecuación por esta razón no puede ser traducida por el término causa.

La familia Romano Germánica ha considerado que la causa debe ser existente, adecuada e idónea, y en las tres exigencias se presupone lo que en el Derecho inglés se denomina la adecuación de la causa, pues el que la causa sea existente significa que haya una relación entre las prestaciones; la exigencia de que la causa sea adecuada implica que no debe permitirse que sea simulada. Finalmente, la causa debe ser cierta, pues lo contrario sería ilícito, pero en esos tres requisitos, "el "civil Law" tiene la idea de una adecuación de la causa adecuación en su existencia, adecuación en su expresión y adecuación en su licitud.

Para los Juristas angloamericanos, la "consideration" no necesariamente tiene que ser adecuada, la regla general del "common

law” en relación con los contratos es que las partes son libres para contratar lo que desean; un demandante no podría invocar la acción ante la Corte de “Common law” bajo el alegato de que hizo un mal contrato. Si la contraprestación existe, ésta es válida. De tal manera que la adecuación de las contraprestaciones es irrelevante, y solamente se tomaría en consideración si se alegase fraude y en este caso se requiere probar la mala intención.

Tercero, La “consideration” debe ser legal, No puede un pacto criminal fungir como “consideration”.

Cuarto. La consideration dinamiza al que la ha prometido; esta dinamización se entiende, que se encuentra frente a su contraparte. La cuarta regla exige que la consideración sea posible, pues lo absurdo o imposible no entraría en el criterio del “*common law*”.

Quinto.- Finalmente, la “consideration” no debe pertenecer al mundo de lo realizado, si se conviene un beneficio conferido en el pasado no puede servir de “consideration” para una promesa actual.

d) CONTENIDO Y DESARROLLO GENUINO DEL CONTRATO.

El alcance del contrato plantea el problema relativo a la interpretación del mismo. Generalmente lo que se ventila ante tribunales no es la existencia de la convención sino su alcance. Se dice que si la cláusula que se pone en discusión es expresa el problema se limita a su interpretación (construction). Los sistemas ingleses y norteamericano se acercan de este modo al sistema alemán de la voluntad declarada, toman en cuenta para conocer el alcance de

una cláusula el alcance de la misma frente a un auditor que actúa razonablemente. A menudo los problemas relativos del alcance de una cláusula se ventilan no ante tribunales sino mediante árbitros.

Las cláusulas relativas a la supresión o disminución de responsabilidad son interpretadas de una manera fáctica y rígida a fin de evitar perjuicios al deudor. Los tribunales ingleses no admiten una interpretación de cláusulas expresas que sean contrarias a los hechos fácticos conforme a los cuales han actuado las partes interesadas.

e) EL PROBLEMA CENTRAL; LAS CLAUSULAS IMPLICITAS.¹¹⁹

Tanto el Derecho Inglés como el Norteamericano, recogen la posición de las cláusulas implícitas.

No sólo se imponen las cláusulas expresas sino que, se entiende que los contratantes han aceptado las implícitas, y así se habla de un derecho supletorio judicial que los jueces imponen en el conocimiento de un contrato. El mecanismo tiende a proteger a la parte más débil.

Muy a menudo se protege a las partes en atención a la empresa contractual, es decir, que, se obliga a las partes no sólo a responder del contrato sino aún a abarcar el clausulado necesario, para el buen funcionamiento del contrato visto como una empresa. En este caso se habla de una "business efficacy", buscando la eficacia de la empresa y viendo al contrato como una especie de empresa objetivamente vigente.

¹¹⁹ Hollowitz, Terms Implied by law, op. Cit. p. 131.

Protección en contra de cláusulas ilícitas por el atentado a la moral y por el dolo y la violencia.- Si de una promesa resultase una obligación contraria a la ley y a las buenas costumbres es obvio que, tanto el derecho Inglés como el Norteamericano declaran que la promesa es nula. Los juristas admiten una acción de nulidad en contra de cualquier contrato cuya ejecución comprenda una infracción de la ley positiva o a la ley moral.

Se habla entonces de un contrato nulo como contrario al orden público y bajo este aspecto se nulifican las promesas de no acudir a la justicia o de atacar la libre concurrencia en una economía de libre mercado.

Sin embargo, curiosamente en el "*common law*" el error tiene un límite puesto que conforme a las decisiones judiciales las partes son obligadas a lo que han dicho, no a lo que han querido decir; no se puede alegar un error cualquiera si de las negociaciones de las palabras o los hechos resultare algo diferente. Difícilmente se puede impedir el cumplimiento de una obligación que ha sido aceptada por su firma y bajo el término de firma no se entiende exclusivamente lo que en la familia Romano Germánica conocemos como signo exclusivo de la persona, pues se abarca incluso cualquier palabra puesta de puño y letra. A pesar de esto conforme a la "*equity*" es posible solicitar que la obligación no sea cumplida.

Recuérdese que no podrá invocarse la "*equity*", por aplicación de alguna de las doce máximas, si no ha sido alegada en tiempo útil, si se retiene alguna ventaja, si no se obra con equidad y si se han transmitido los derechos y ventajas al que, ha actuado de buena fe.

Desde luego es ajena a los juristas Ingleses y norteamericanos la distinción entre el error substancial y el accidental que implica una actitud filosófica, más bien el error procede, si se debe a la actitud de la otra parte y en este caso para nosotros sería dolo.

A más del error el "*common law*" ha aceptado la violencia como un vicio del consentimiento y se dice que procede la nulidad por que en el caso de violencia no habría "consideration". Si los términos son injustos a consecuencia de las negociaciones de la parte fuerte elaborados en contra de la débil las cortes admiten la posibilidad de nulificar la voluntad en virtud de que no hay "consideration".

f) LOS EFECTOS DE LA OBLIGACION CONTRACTUAL.

El Derecho angloamericano menciona la inexecución del contrato bajo el título de rompimiento del mismo "breach of contract." Para eximirse de cumplir un contrato es necesario que el contratante invoque y pruebe el error, violencia abuso de autoridad o ilicitud. Conforme al "*common law*" no hay ejecución y cumplimiento de lo prometido salvo que se trate de adeudos pecuniarios, pues el "*common law*" se traduce en el pago de daños y perjuicios. Es por eso que los juristas ingleses hablan de rompimiento. El único problema que se plantea es, si la obligación que ha sido asumida ha sido ejecutada o no, en caso de negativa no cabe más que el pago de daños que resultan de la inexecución.

Para saber que clase de obligación se ha asumido el "*common law*" no conoce la distinción de la familia Romano Germánica que clasifica las obligaciones como de actividad o de resultado, para el

“civil law” son obligaciones de actividad aquellas en las que el deudor se compromete a realizar una conducta sin que necesariamente responda de su resultado; pero hay obligaciones en donde el deber es obtener un resultado. En la familia angloamericana esta claro que sólo en ciertos casos el contratante no va a garantizar un resultado; así en el cumplimiento de las obligaciones del médico o el abogado. Pero si el contrato prevé la producción de una cosa es necesario que el contratante garantice la calidad y la eficacia de la misma. De este modo no sólo el vendedor garantiza la calidad de la cosa vendida sino, también el profesionalista arquitecto, garantiza la calidad de los materiales, aunque estos sean ordenados por el propietario. No se trata de acciones redhibitorias que garanticen los vicios ocultos de la cosa o la propiedad de la misma; los juristas ingleses y norteamericanos suponen que en toda cláusula contractual hay una garantía (Warranty) y por eso el incumplimiento se denomina rompimiento de contrato. En otras palabras tomando en cuenta la “consideration” el contratante que ha incumplido ha roto el contrato, es decir, lo ha dejado sin contraprestación. Por eso el Código Uniforme de Comercio (Uniform Commerce Code) de Estados Unidos, que como hemos visto no es propiamente un código sino un acuerdo entre estados, supone, siguiendo la línea Inglesa que la garantía en la venta consiste en prometer que la mercancía será buena pero no implica que la mercancía será entregada. El vendedor de una cosa específica, no es responsable si no hay entrega de la misma, salvo que la no entrega o destrucción fuera por su falta, la responsabilidad se arrojaría al transportista: El poseedor obligado a entregar la cosa al propietario es un “bailee” que podríamos traducir como arrendatario o depositario, pero que sería más correcto llamarle un “trustee” en el cual existe la

obligación de cuidar con la atención normal la cosa. Lógicamente en lo que se refiere al cuidado de personas su incumplimiento dará como resultado el nacimiento de un "tort" que como hemos visto tiene reglas específicas y no reglas generales. Concluimos que salvo los casos específicos donde sólo se busca la actividad, en el Derecho inglés sólo se busca el resultado.

Tres problemas se plantearan en el tema relativo a la responsabilidad que surge en el incumplimiento, siendo el primero el fracaso o frustración del contrato; el segundo la resolución por incumplimiento y, el tercero la resolución anticipada.

El fracaso por incumplimiento se llama en Inglés "frustration", "frustration of contract".

La frustración del contrato se funda en el principio de que sin contrato no hay obligación, y sin obligación no hay responsabilidad. Recuérdese que el contrato supone la "consideration", si el objeto materia del contrato ha dejado de existir no hay contrato, no hay obligación y si no hay obligación no hay responsabilidad.

Los efectos de la "frustration" son muy importantes. Si el contrato desaparece automáticamente los jueces no pueden modificar los términos del contrato, si el objeto ha desaparecido no hay fuerza obligatoria. Por supuesto que esta hipótesis solamente se da, cuando el objeto no existe y sólo es un eco de la frase Romano Germánica de que, "nadie esta obligado a lo imposible". La resolución por inejecución implica la necesidad de establecer una cláusula en el contrato de resolución para el caso de incumplimiento de su contratatare. Pero este tema plantea el problema de saber cual es la parte inocente que queda

liberada por el incumplimiento. Las obligaciones centrales fundamentales son condiciones de la obligación de la otra parte que queda liberada por la inejecución. La inejecución de las obligaciones, (warranties) que engendran responsabilidad de la parte culpable no tienen ningún efecto liberatorio para la parte inocente. Así en ausencia de una cláusula expresa hay una condición evidente, no se libera de sus obligaciones sino como un efecto de la inejecución de las prestaciones que a la otra parte incumbían.

Finalmente, la resolución anticipada del contrato se produce aún antes de la fecha de la prestación y en Inglaterra se conoce con el nombre "anticipatory breach". Es obvio que el contratante que expresa su voluntad de no cumplir una prestación futura o que se encuentra en la imposibilidad de darle cumplimiento, da lugar a una resolución anticipada puesto que el acreedor no está obligado a perder su tiempo esperando a que inútilmente transcurra el tiempo del incumplimiento. Las exigencias del comercio moderno dan la aceptación de este principio. Se puede ser responsable de la inejecución aun antes de la llegada del término de la ejecución prometida, y en este caso el incumplido desde luego tendrá una responsabilidad en atención a su comportamiento.

g) LAS ACCIONES CONTRACTUALES EN LAS CORTES DE JUSTICIA.

Como hemos dicho el incumplimiento supone el pago de daños y perjuicios. Pero esto no significa que en Inglaterra esto produzca una injusticia al acreedor pues se dice y con razón que la mayoría de las acciones contractuales son acciones de "debt" ó sea de deudas y el

pago de una suma satisface ampliamente la acción contractual. Para que proceda esta acción es necesario solamente probar que las condiciones bajo las cuales el deudor ha prometido se han satisfecho.

VIII.- VOCABULARIO EN EL DERECHO INGLÉS.

Una de las características fundamentales del Derecho Inglés es que sus "vocabularios" se han elaborado a través de decisiones judiciales, de tal suerte que los diccionarios jurídicos se formulan con base en esas decisiones dando por consecuencia, un exacto alcance al término. En muchas ocasiones, los términos no pueden traducirse literalmente sino que es necesario buscar su alcance. Los miembros de la Familia Romano Germánica, no hemos observado el alcance de estas definiciones elaboradas a través de la práctica pero es necesario tenerlas en cuenta para el efecto de poder entender el sistema jurídico.

René David coloca algunos ejemplos cuya mención podríamos seguir pero esta vez podemos decir lo que el Black's Law Dictionary¹²⁰ (1095), formula.

He aquí algunos ejemplos: "Property", se dice que es peculiar o propio de una persona, aquello que le corresponde exclusivamente a alguien en el sentido estrictamente legal; un conjunto de Derechos que se garantizan y protegen por el gobierno". "Personal Effects".¹²¹ Artículos vinculados con una persona con exclusividad y relación más

¹²⁰ Blaks Law Dictionary. op. cit. pág. 1095

¹²¹ Ib idem,,pág.1029

o menos íntima a la persona del poseedor; "Effects". -¹²² significa movable o propiedad mueble de cualquier clase. En algunas ocasiones el término se vincula a la propiedad que tenía el autor de la sucesión en el momento de la muerte, vestuario, mobiliario joyería, colecciones postales y de moneda, cristal fino, utensilios de comida, libros, televisores, radios, etc."

"Trust".-. Quedó definido como un " Derecho de propiedad real o personal transmitido por una parte para el beneficio de otra. Una instrucción personal que se otorga a otra que es llamada "trustee" para el beneficio de alguien que es denominado "cestui qui trust", respecto de la propiedad que se ha transmitido al trustee y para el beneficio del trustee".

"Bailment":-¹²³ "La entrega de efectos o bienes muebles de una persona hacia otra, en "trust" para la ejecución de un objetivo especial en relación con esos efectos y en beneficio del bailor, o bailee, o de ambos en función de un contrato expreso o explícito relativo a la encomienda que se hace al entregar el objeto de conformidad con el propósito del "trust".

"Estoppel": -¹²⁴ "Significa que alguien es prevenido en relación con sus propios actos respecto de una demanda fundándose en derecho a otra persona que está vinculada con la conducta o actos realizados.

¹²² *Ib idem*, pág. 1029

¹²³ *Ib idem op. cit.* p.129

¹²⁴ *Ib idem op. cit.* p. 494

"Consideration". -¹²⁵ "Significa el compelmiento a un contrato. La causa, motivo precio o beneficio que induce a contratar a una parte en la relación convencional".

"Trespass". -¹²⁶ "Se denomina a una interferencia contraria a derecho en relación con una persona, propiedad o derechos protegidos por el "*common law*", el tres "pass" es una forma de acción que se ejercita para obtener daños por una injuria inferida a una persona o propiedad en su vinculación con otra.

"Company". - "Unión o asociación de personas para obtener un objetivo comercial o industrial a través de una empresa; un socio, corporación o asociación que obtiene una parte en una empresa".

De todo lo anterior se desprende que el Derecho inglés ha desarrollado a través e la jurisdicción de la "equity" instituciones, que la familia Romano Germánica ha delineado solamente desde un punto de vista sustantivo y por lo tanto no ha logrado una práctica fundada en la experiencia. Si bien no puede traducirse la "equity" como lo que nosotros entendemos por equidad, si podríamos pensar que se podría traducir por conciencia puesto que por conciencia podemos pedir el cumplimiento exacto de lo concernido ("specific performance") o podemos exigir la verdad en el caso obligando incluso a exhibir documentos que otra parte tiene, ("discovery orders") pero es más, a través de la "duress" podemos sancionar los actos jurídicos obtenidos no sólo con violencia física sino aún con coacción moral y como

¹²⁵ Ib idem op. cit. p. 277

¹²⁶ Ib idem op. cit. p. 1347

ampliamente hemos ya desarrollado si un bien se ha entregado en confianza a través de "trust", el trustee que recibe la propiedad del bien, tiene la obligación de obtener el objetivo específico del "trust" puesto que, por conciencia debe dar cumplimiento a lo convenido para cuyo alcance como veremos más tarde se admite la subrogación real sobre los bienes cedidos.

Finalmente, a través de la conciencia se administran en el derecho inglés instituciones del capitalismo actual, como son las sociedades por acciones, "company", o se busca la salvación de la empresa y no su simple liquidación a través de la "Bankruptcy".

Específicamente analicemos como se maneja el trust en el Derecho Inglés moderno.

1.-TRUSTS.

Como hemos estudiado con anterioridad, el trust del Derecho Inglés, proviene del "uses" de la Edad Media. Como hemos dicho el "uses" se refiere a la posesión de la tierra "tenant" y por supuesto que será del conocimiento de los tribunales del "common law". Con los Tudor en el siglo XV se inicia la jurisdicción de la "equity" y una de las materias fundamentales de esta fue el "trust" o antiguo "use" que se elabora para evitar las complicadas reglas de transmisión de la tierra. En ocasiones la tierra se encuentra sujeta a contratos de uso y la transmisión de la misma obligan a respetar esos contratos. La adopción del "use" respeta los derechos valiosos sobre la posesión. En 1535 la ley de "uses" "Estatute of uses" se aprueba para evitar la evasión de las obligaciones que tenía el autor de la sucesión y el

cumplimiento de las obligaciones feudales. La ley fue impopular, y los abogados crearon técnica de evasión de su operación. Los "uses" subsisten y con el tiempo su denominación fue cambiada a "trust". Gradualmente se obtiene popularidad en la figura y se transforma en una de las instituciones peculiares del derecho inglés.

a) DEFINICIÓN.

El profesor Keeten en "The law of trust" ¹²⁷ dice que el "trust" es una vinculación por virtud de la cual una persona denominada el "trustee" es compelida en equity a recibir una propiedad real o personal para beneficio de otras personas, o a efecto de lograr un objetivo permitido por el derecho, de tal suerte que las utilidades de los bienes no quedan en manos del "trustee" sino de los beneficiarios de aquellas finalidades para la cual se constituyen".

Así la aplicación puede lograr los siguientes propósitos

A) Para auxiliar a las personas que por su minoría o incapacidad no pueden directamente administrar.

B) Para lograr que la propiedad sea usada en beneficio de un sucesor.

C) Para lograr una administración cuando los propietarios son dos o más personas.

D).- Para obtener una finalidad de beneficencia.

¹²⁷ Barker, " Law", 8va. edit. England 1992 p.27. citado por.

E) Para disminuir una forma de impuesto, jurídicamente el "trustee" es el propietario legal, pero el beneficiario es el propietario de "equity", En atención a que el "trustee" tiene el título legal, en la jurisdicción de la "equity", fundándose en los deberes impuestos en "equity", le compelerá a obtener el resultado de la propiedad para los beneficiarios.

b) CLASIFICACIÓN

Barker en la obra citada, clasifica los "trusts" en lo que le llama "trusts" privados y "trusts" de beneficencia, que también podrían denominarse como públicos. Los "trusts" privados" pueden ser subclasificados en expresos, implícitos y constructivos.

1.- Los "trusts" expresos son aquellos que se han creado por el "settlor" (fundador en vida inter vivos) o bien por medio de un testamento donde se designan el beneficiario o beneficiarios. Como expreso, debe hacerse por escrito, bajo sello o por medio de forma testamentaria, y en algunos casos se admite una construcción oral.

Las decisiones judiciales resolvieron que tres son las condiciones necesarias para la creación de un trust.

- 1.- Intención cierta
- 2.- Finalidades claramente expresadas y,
- 3.- Determinabilidad de los bienes.

Entendiéndose que estos tres requisitos significan, en primer lugar una intención cierta de crear el "trust", las palabras deben ser

imperativas e implicar un mando para hacer o para crearse. El objetivo debe ser claramente expresado, y, finalmente los bienes que se destinan al trust deben ser determinados y no inciertos.

En esas circunstancias los "trust" pueden ser subclasificados además como completos o incompletos. Los primeros serían aquellos en donde se declarase la designación de una persona para ser "trustee" y los incompletos serían los que conviniesen que determinados bienes de propiedad pueden ser destinados al "trust". En este segundo caso el fundador ha elegido los bienes destinados al "trust" pero no ha designado quien va ser el "trustee"; así puede suceder que destina ciertos muebles o que físicamente los ha removido para obtener el resultado ciertas acciones o participaciones de compañías que tendrán que ser registradas en los libros.

La segunda clase de "trust" son los "trust" implícitos y son aquellos que se basan en una presunta intención del fundador. El tipo más frecuente de "trust" implícito es el "resulting trust". Si suponemos que el fundador no dispuso nada de lo que acaecería a la muerte del beneficiario, los bienes regresan al fundador.

Finalmente, los "trusts" constructivos son instituciones fiduciarias que resultan de la intención de las partes. Una persona deberá ser considerada como "trustee" constructivo cuando adquiere un beneficio a pesar de que no tenga un título. Será compelido por "equity" a lograr el beneficio para los beneficiarios, valga la reiteración.

c) LOS TRUST PÚBLICOS.

Deben satisfacer tres exigencias: a) Deben ser con una intención caritativa en el sentido legal. La caridad en sentido legal no esta de acuerdo con su significado popular. No existe una definición legal de la caridad. La ley de "Charitable uses" de 1601 se limita a enumerar los objetivos caritativos, y en la época moderna se clasifican en los siguientes cuatro grupos.

1.- Para alivio de la pobreza

2.- Para un desarrollo educativo,

3.- Para la propagación de la religión y,

4. - Para otros propósitos útiles a la sociedad. Esta última incluye la protección a los animales, provisión de obras públicas.

Los "trust" con objetivos políticos no se consideran caritativos.

b).- El "trust" caritativo debe ser para beneficio del público entendido como una agrupación o como parte de ella. Si la intención del trust fuera beneficiar a determinados individuos no sería público, tampoco si provee un objetivo de educación para los descendientes de determinadas personas. En el público el beneficiado debe ser un grupo pero no individuos específicamente señalados.

C).- La finalidad de "trust" debe ser total y exclusivamente caritativa.

2.- PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO INGLÉS

Punto central en la estructura del Derecho Inglés es el procedimiento.

René David decía en su obra "Sistemas Jurídicos Contemporáneos", que el Derecho Inglés no hacía distinción entre lo civil y lo criminal y colocaba como instituciones procesales más importantes: "the day on the court"; "the examination", "cross examination" y la posibilidad de emitir un "writ of mandamus" para investigar la verdad en el caso concreto; finalmente mencionaba "the contempt of the court" que nosotros distinguiríamos en "direct", y que no son otra cosa que las actitudes de los litigantes que tratan de burlarse de la justicia con expresiones directas ante la corte y jurado, o "indirect" o "constructive" con la fabricación, artificiosa de pruebas destinadas a alterar la verdad.

Los juristas Ingleses actuales hacen la distinción entre "civil procedure" y criminal procedure,¹²⁸ sin embargo las reglas procesales se aplican tanto a los casos civiles como a los criminales. La academia distingue entre procedimiento civil y procedimiento criminal.

Procedimiento civil. Tiene complicaciones que solamente son alcanzadas por los especialistas. En Inglaterra existe un "citizens advice bureau" destinado a ayudar a los que van a proceder a demandar y regido por una ley denominada "Legal help act 1988".

El procedimiento se inicia con una invitación a pagar que si no es atendida da base para una presentación ante la Hight Court.

¹²⁸ Se sigue la explicación de Barker. Op. cit. Véase Barker, "Law" pág. 48-79 y 353 al 368.

PRIMERA PARTE. PROCEDIMIENTO CIVIL.

a) *PROCEDIMIENTO ANTE LAS CORTES DEL CONDADO.*

Se dividen en dos clases en "Matters" y "Actions".

Las primeras se ejercía en el antiguo procedimiento de "equity" y se inicia con la "petition" en tanto que las segundas implica en ejercicio de una demanda "plaintiff".

Se distinguen dos clases de acciones las ordinarias, y las ventiladas en acción ejecutiva (default). La demanda ordinaria debe contener los siguientes elementos: las partes, la naturaleza de la reclamación y el monto de los daños que el actor exige. La corte registra y prepara un sumario para el servicio del demandado, *explayando las particularidades de la demanda; su forma de admisión y la forma de defensa; contando con veintiún días a partir de la fecha para oír a las partes.* El demandado puede asumir la demanda obligándose al pago, bien sea total o incluso con parcialidades propuestas ante el juez, Puede sin embargo oponerse a la reclamación, para lo cual cuenta con catorce días, formulando los alegatos y defensas que considere oportunas.

El segundo paso es una revisión anterior al desahogo "petrial review". - Si el demandado ésta presente fija el "deal for petrial" que podría suspenderse con una causa justificada, Si el demandado no

aparece el procedimiento se sigue en su ausencia y termina con un pago de daños y costas.

El procedimiento ante el juez "trial in front of judges" tiene los siguientes aspectos sobresalientes: El abogado del actor inicia describiendo la demanda y explica su intención de probar los puntos; enseguida llama a sus testigos y los examina, acude a un examen cruzado, con el abogado del demandado y con sus testigos. Enseguida el abogado del demandado llama a sus testigos y los carea con el abogado del actor. El abogado del demandado argumenta ante el juez comentando los puntos sobresalientes y le hace mención de las leyes o de los casos precedentes. Replica el abogado del actor comentando sus particularidades más sobresalientes y finalmente el juez dicta su decisión, bajo su propio peso si está sólo; o si está presente el jurado este examina los hechos jurídicos y formula su veredicto. Los jurados son cada vez menos usados actualmente.

Procedimiento en caso de acción ejecutiva: esta hipótesis supone desde luego una deuda líquida o por liquidarse, lo que en derecho Inglés se llama "default action" que podríamos traducirlo como acción ejecutiva porque se inicia con una declaración de la corte requiriendo el pago de las sumas reclamadas, podría aplicarse al caso de hipoteca. En este caso el demandado tiene catorce días para defenderse, pero podría pagar en el curso de ellos; si el demandado admite la totalidad o parte de la deuda reclamada y ofrece un pago escalonado y el actor acepta, el juez da por cumplida la acción; pero si el actor no acepta el modo de pago, bien sea en monto o sus fechas se registra la demanda para una decisión.

Si el demandado sólo admite parte de la demanda y el actor no acepta la excepción se registra la acción “in pretrial”, y finalmente, si el demandado no admite la reclamación también hay un registro del juicio y se fija la fecha de la audiencia.

b) LA EJECUTOREIDAD DE LOS JUICIOS DE LAS CORTES DEL CONDADO.

Independientemente de la apelación a la decisión las cortes pueden ordenar la ejecución por una suma de dinero o por otras clases de juicios tales como posesión de tierra o de bienes muebles.

1).- Ejecución por suma de dinero.

Se inicia con una orden de ejecución, en donde se excluyen ciertos bienes del deudor y de su familia; a continuación se otorga la oportunidad de oír al deudor. En casos de insolvencia, si el valor de lo reclamado excede de 200 libras, el juez da una información de la insolvencia y si a pesar de ello no se paga existe un “act of bankruptcy”. Podría haber una forma de garantía de la cantidad que se adeude, ofreciendo la delegación de un tercero, la deuda en este caso queda extinguida y el juicio satisfecho.

2).- Ejecución

Finalmente puede suceder que, el deudor se rehuse a pagar y este tenga tierras y casas que produzcan provechos, la corte en este caso, autoriza al acreedor a recibir esos productos que se aplican a reducir el adeudo, con sus costas.

Cuando el deudor tiene tierras y otras formas de propiedad y es necesario realizar estas actitudes se cobran las costas.

En esta segunda hipótesis, para ejecutar toda clase de juicios, si el demandado rehusa dar los derechos al propietario o poseedor, la corte garantiza la entrega de la posesión.

La regla general en materia de costas es, que en ella se incluye los beneficios de los "barristers" y "solicitors", autorizándolos la corte con discreción. Generalmente la corte da las órdenes de pago de costas cuando se pierde la acción.

***c) PROCEDIMIENTO CIVIL EN LA DIVISION DEL RAMO DE LA REINA,
(QUEEN'S BENCH DIVISION).***

En caso de daños o incumplimientos de contratos la demanda se inicia con un "writ" presentado en la oficina Central de la Suprema Corte o en un Distrito Registral. Este "writ" es un documento en el que se requiere al demandado comparezca en catorce días bajo el riesgo de iniciar un juicio en ausencia del mismo. El "writ" es fechado en el día en que se anuncia el inicio y especifica la división conforme a la cual la acción debe ventilarse. Todo "writ" es detallado con las particularidades de la demanda del actor. El domicilio del actor y el nombre y domicilio del "solicitor" que acompaña al actor debe ser señalado con el domicilio para el servicio, normalmente no se necesita autorización para iniciar un "writ".

El "writ" así obtenido se entrega personalmente al demandado utilizando el correo postal y en ciertos casos anunciado por los medios

de publicidad. Se requiere orden de la corte para decretar este servicio. El "writ" es notificado con toda clase de particularidades de la demanda. La finalidad de esto es preparar al demandado, indicándole la naturaleza de la demanda que se presenta en contra de él.

De acuerdo con Baker existen tres clases. La primera es general, y no requiere de detalles en la demanda si no que es sólo una simple descripción de la naturaleza de la misma. Cuando se alegase calumnia debe ésta ser descrita. La segunda forma es de endoso o notificación es para efectos de contabilidad y en este caso procede cuando el demandado ha recibido dinero del actor y no se sabe exactamente el monto; la demanda de acción de contabilidad examina ésta. Finalmente puede haber un endoso especial en el que la demanda es usada por el actor para recobrar una suma liquidada o recobrar tierras o artículos. En este caso especial se menciona la causa de la acción y la demanda no puede servir para otro punto distinto del reclamado.

d) COMPARECENCIA DEL DEMANDADO

"Enter and Aparence" podría traducirse como comparecencia: El demandado tiene que comparecer a la corte e implorar bajo juramento que esta dispuesto a resolver o arreglar; en este caso tiene que comparecer a la oficina central de Londres para el registro.

Si el demandado no comparece a responder la demanda el juez lo declarara en rebeldía a menos que se trate de un menor o un incapacitado. Si el "writ" contiene un especial endoso de una suma liquidada, el actor exigirá la misma más intereses y costas.

Si la demanda es por daños no liquidados, éstos deben ser calculados mediante una resolución interlocutoria.

Si el demandado comparece y el "writ" es de endoso especial, el actor mediante una declaración jurada en la que especifique la causa de la acción y el monto de lo reclamado obtiene una orden de ejecución para recuperar la tierra o para otras reclamaciones, más costos.

El Juez tiene poderes muy importantes para hacer la dirección de cómo el juicio debe ser llevado; para admitir la evidencia jurada. Las peticiones en las acciones legales consisten en escritos hechos por el actor y el demandado; se hacen con el objeto de enseñarlos a la corte (el jurado forma parte de ella) señalando las pretensiones de las partes y los hechos que cada uno de ellos mencionó como importantes. Los escritos son un resumen de la reclamación y de las defensas; deben ser concisos en los hechos materiales que las partes relatan, pero no se requiere que exista evidencia en los hechos, pues esto será motivo de prueba. Las demandas o escritos se dividen en numerosos párrafos.

La primera demanda señala el contenido de lo reclamado; debe ser clara y detallada; no ser ambigua, para proceder el "tort" se requiere que el derecho que ha sido violado se especifique. En caso de rescisión de contrato debe probarse este y además la causa de la rescisión. La demanda es entregada y el demandado cuenta con catorce días para contestarla. La defensa debe referirse a cada hecho mencionado especificando las defensas. Si a su vez el demandado tiene algo que reclamar ésta deberá hacerse valer en el escrito.

Vendría después una réplica a la demanda. Cuando no hay contestación a la demanda la réplica normalmente consiste en un resumen llamado "traverse" en la que el actor deniega los posibles alegatos del demandado.

Después de la réplica no existe una regla general. Hasta donde sabemos la demanda del actor y la defensa del demandado son, junto con la replica del actor, las partes esenciales.

Los deberes del juez son: limitar las demandas, dar órdenes para la reducción de los costos de la evidencia, reducir el número de testigos y de peritos que harían más costoso el proceso, de ser posible exigen juramentos. El juez o master da órdenes para conocer la verdad, (discovery) exigiendo juramento así como los documentos que están en posesión de las partes. El juez acude al descubrimiento de los hechos por medio de interrogatorios que son cuestiones dirigidas a la otra parte en relación con la acción o al propio actor en relación con la réplica, las respuestas generalmente se dan por juramento. El siguiente paso es la aplicación de la demanda y por consecuencia también de la defensa, la forma del juicio es decidida ante el juez o por el jurado según decisión del director.

En casos de fraude, difamación, prosecución maliciosa o aprisionamiento, por ejemplo, existe un derecho a un juicio con jurado a menos que el examen de los documentos o cuentas, comprenda hechos que no podrían ser examinados por el jurado. Después de que los testigos presentados por ambas partes han sido examinados y careados y después de los alegatos de ambas partes el juez procede a explicar al jurado (si lo hubiera) el punto central del cual se le requiere

su veredicto. El juez incluso dirige al jurado en las reclamaciones de daños si el veredicto acogiese a la demanda. El jurado se retira a hacer las consideraciones del veredicto que más tarde serán anunciadas por uno de sus miembros. Si no hay jurado el juez delibera su juicio y resuelve con el conocimiento de la corte; al mismo tiempo decreta una orden relativa a las costas.

e) EL PROCEDIMIENTO ANTE LA HIGHT COURT.¹²⁹

Una vez que el juicio sea hecho ante el juez, éste debe ser obedecido. Si la parte contra la cual el juicio se ha pronunciado paga los daños y las costas, ahí concluye la materia. Algunas veces la sentencia no es obedecida y la parte que adeuda dinero o a cuyo cargo está la tierra en disputa o de la cual tiene su posesión haría que se abriesen dos casos de imperio, este es como se dice de dos clases, sentencia para el pago del dinero o sentencias para posesión recuperación de tierras o de varios efectos.

Los "writs" de ejecución son ventilados por la corte de la siguiente manera:

a).- "Fieri facias".- Este "writ" es dirigido al policía para tomar los bienes muebles del deudor y cubrir lo reclamado; se excluyen desde luego los bienes estrictamente indispensables para el deudor.

b) "Garnishé order" - Consiste en tomar una prenda como se ha dicho.

¹²⁹ Tomado de Baker. Op. cit. pág. 361 y 362

c) "Charging order".- Que equivale a un cargo de guardar una suma.

d) "Appoitment or reciver".- Que consiste en embargar las tierras o las casas o sus productos.

e) "Sequestration". En este caso el "writ" autoriza a los ejecutores a tomar las tierras del deudor dando la posesión y los productos, o bien colocando a una persona que los administre para que los pague al acreedor, si el "writ" no es obedecido el deudor comete desacato a la corte.

f) "Attachment of Earning".- que se aplica cuando el demandado rehusa ha obedecer o a dar cumplimiento a la orden de la Hight court.

g) "Commital to prision"

h) Posesión de la tierra o entrega de bienes.

SEGUNDA PARTE

III-EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL

El Derecho Inglés plantea el problema de qué, debe entenderse por ofensas. Hay un principio cardinal en el "criminal law" de Inglaterra que nadie podría ser acusado a menos, que exista una prueba de intención delictuosa. Para que exista un acto ilícito, el principio se encuentra en la máxima, "actus non facit reum, non mens sit rea", de donde se desprende que no basta la realización de un acto a menos que en la ejecución hubiese habido una intención culpable; por lo tanto los dos elementos fundamentales de la ofensa criminal, son el "actus

c) "Charging order".- Que equivale a un cargo de guardar una suma.

d) "Appoitment or reciver".- Que consiste en embargar las tierras o las casas o sus productos.

e) "Sequestration". En este caso el "writ" autoriza a los ejecutores a tomar las tierras del deudor dando la posesión y los productos, o bien colocando a una persona que los administre para que los pague al acreedor, si el "writ" no es obedecido el deudor comete desacato a la corte.

f) "Attachment of Earning".- que se aplica cuando el demandado rehusa ha obedecer o a dar cumplimiento a la orden de la Hight court.

g) "Commital to prison"

h) Posesión de la tierra o entrega de bienes.

SEGUNDA PARTE

III-EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL

El Derecho Inglés plantea el problema de qué, debe entenderse por ofensas. Hay un principio cardinal en el "criminal law" de Inglaterra que nadie podría ser acusado a menos, que exista una prueba de intención delictuosa. Para que exista un acto ilícito, el principio se encuentra en la máxima, "actus non facit reum, non mens sit rea", de donde se desprende que no basta la realización de un acto a menos que en la ejecución hubiese habido una intención culpable; por lo tanto los dos elementos fundamentales de la ofensa criminal, son el "actus

reus" y el "mens rea". El primero, puede consistir en un acto, o en una omisión. Lo difícil sería probar la existencia de la "mens rea". Cuando la ofensa requiera una específica prueba de su intencionalidad, el acusado en el juicio, probará acudiendo a una certeza normal. El elemento de la "mens rea" es fundamental, ciertas ofensas creadas por ley (statue) y conocidas como ofensas absolutas u ofensas de estricta ilicitud, dispensan la necesidad de la prueba mental. Estas ofensas envuelven un grado de peligrosidad social, dice Kinder Gest,¹³⁰ tales como contaminación, accidentes de carretera, drogas, la violación de la higiene pública en la venta de comida y bebidas. Incluso en estos casos las ofensas son tan graves que la violación accidental de las normas constituye una ofensa y no puede sustentarse la defensa la buena fe o engaño inocente. En otros casos, como la muerte accidental en un participante de deportes obviamente supone que no existe la "mens rea".

Hay algunos casos en que la intención criminal se tiene por probada bajo la forma de incitación, como en el atentado de conspiración. Estos son conocidos como "incoate offences"; y aquí obviamente hay "mens rea", pero puede no existir el actus reus. También es penable y se considera culposa la ayuda u ocultamiento de un acto criminal, que a la larga se traduciría en una "incoate offence" (ofensa rudimentaria).

Una persona que niega la existencia del elemento específico intencional puede acudir a varias defensas: error; violencia o coerción que incluye no sólo la compulsión física, defensa propia, necesidad,

¹³⁰ Kinder-Gest, Patricia. 2ª. Ed. de "Manual de Droit . Anglai". Págs. 544-545.

intoxicación o automatismo, e incapacidad derivada de la infancia o de la insanidad.

a) CLASIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES.

Cabe una clasificación en cuatro diferentes caminos, al decir de Patricia Kinder Gest,¹³¹:

A) Por su fuente hay ofensas que derivan de la ley o del "*common law*".

B) Por el daño incluido, las ofensas son de interés público, ofensas contra la propiedad y ofensa contra la persona.

C).- Por lo que se refiere a las ofensas que producen el arresto las hay sin necesidad de orden. En este caso se distingue entre ofensas que van a producir más de cinco años de prisión u ofensas cuya penalidad es fijada por el derecho.

D).- Finalmente, pueden clasificarse por el método procesal y clase de juicio, distinguiéndose entre ofensas sumarias y procesales (*summary offences and indictable offences*). Las sumarias son ofensas menos graves como un robo de una tienda, desorden alcohólico, ofensas de tráfico y en fin todas aquellas que podrían ser sancionadas con seis meses de prisión o multa de dos mil libras y que se ventilan ante las "*Magistrates Court*" or "*Justice of the Peace*", o "*Stipendiary Magistrates*", y que, desde luego, son ventiladas sin jurado. Las llamadas ofensas procesales, son más serias y su penalidad más

¹³¹ V. Kinder-Gest Patricia, *Droit Anglais*, 2a. edic. 1993.p. 545

grave y en este caso se ventilan ante la "Crown Court" ante juez y jurado. Podría, con el consentimiento del acusado, ventilarse ante la "Crown Court" o "Magistrate Court".

b) PROSECUCIÓN.

Al respecto existe en Inglaterra una ley, de "Prosecution of offences Act" de 1985.

Teóricamente es la corona quien realiza la prosecución más en la práctica es la policía, quien decide si cabe imputar los cargos e iniciar el procedimiento, que se ventila ante la oficina de servicio de prosecución de la Corona establecido en 1986, conforme a la ley que hemos mencionado. La oficina esta encabezada por el director de las prosecutions públicas bajo la superintendencia del Abogado General. Los prosecutors de la corona son señalados por el director que escucha los casos. El servicio es responsable de dar cumplimiento a las órdenes de las cortes de los magistrados. Anunciado como una revolución en el proceso penal, el servicio de prosecución de la corona ha tenido críticas de la prensa y de abogados. Los salarios que ofrece eran estimados demasiados bajos para ser un atractivo a abogados experimentados, y en esas circunstancias se colocan gentes no experimentadas surgiendo críticas de ineficiencia, lentitud e impreparación. En algunas categorías de casos de importancia particular o de dificultades de fraudes complejos, publicaciones obscenas e incumplimiento del trabajo de policías, se remiten a la oficina del Director de Prosecuciones Públicas en Londres que conocen de los procedimientos criminales más importantes.

c) PROSECUCIÓN PRIVADA.

Aunque extraña sin embargo ocasionalmente procede, especialmente en casos de salubridad por autoridades locales y otros campos de los cuerpos públicos. El Director de las Prosecuciones Públicas interviene vigilando la prosecución privada.

Algunos procedimientos fundados en la ley de oficiales secretos de 1911 o en la ley de orden público de 1886, se ha "instituido con el consentimiento del abogado general, el cual tiene poder para detener la prosecución decretando una orden de "nolle prosequi". Las abreviaturas para designar estos procesos generalmente vienen precedidos de la letra Rb. vg. Rb frente a Brown.¹³²

d) INICIACION DE UN PROCESO CRIMINAL

Prácticamente todos los casos criminales se inician ante los jueces de paz en las Cortes de los Magistrados, (Magistrates court) oyendo sumariamente o inicialmente antes de presentar la demanda ante la Corte de la Corona, excepto en los casos de desacato a las cortes en cuya situación el desacato se instruye por una orden o por un decreto de arresto o finalmente por un arresto con orden fundada de cargos.

Una información jurada debe desarrollarse ante la Justicia de Paz por el funcionario de las Cortes de Magistrados entregándole a la persona acusada una información sobre el cargo y señalando los

¹³² Kinder-Gest, Patricia. Tomado de Op. cit. pág. 547.

textos legales que se han infligido. Suele darse a conocer el costo de los honorarios “solicitors” o “barrister” que conocerían de la prosecución del juicio en la Corte. Una vez, que la resolución se ha desarrollado, la justicia de paz emite una orden para que comparezca ante la Corte en una fecha determinada. Podría no ser suficiente la emisión de la orden en caso de que el indiciado ignore o haga caso omiso de ella y en esas circunstancias se emite una orden de arresto para aquella persona. Por supuesto que la orden de arresto admite la posibilidad de la libertad bajo fianza y, esto es conocido con el nombre de “backing for bail”. Fundamental en el derecho Inglés es que nadie puede ser arrestado sino es mediante una orden emitida y sólo casualmente podría ser aprehendido por la policía cuando estuviere cometiendo o se sospechase que hubiere cometido una ofensa, todo esto bajo la ley denominada “Police and Criminal Evidence act 1984”.¹³³

e) FIANZA:

Procede la libertad entre tanto se enjuicia o sentencia, puesto que una persona se presume inocente hasta que no se pruebe que es culpable y, sólo en este caso podría ser colocada en prisión. Por eso se dice que el “writ of the habeas corpus”, tiene por objeto proteger al individuo de una detención errónea; la fianza significa un punto intermedio entre la libertad y la necesidad de asegurar para la prevención o para impedir la intimidación a testigos e incluso para evadirlos. En estos casos ante las cortes de los magistrados son

¹³³ Tomado de Kinder-Gest, Patricia. Op. cit. pág. 548.

necesarios de cincuenta y seis a setenta días para la primera citación en juicio ante la "Crown Court". Existe una ley denominada "Bail Act, 1976" en donde se reconoce que la libertad es la regla, rehusarla sería una excepción. El otorgamiento de la fianza es sobre el entendido de que el acusado se presentará en la corte o en la estación de policía en una fecha determinada; esto se conoce como "on the written by securities".

f) EL JUICIO POR OFENSAS GRAVES.

Se inicia con la petición de inocencia o no inocencia, porque generalmente el acusado comparece personalmente, en la Corte de Magistrados ante cierta evidencia. Las pruebas de la evidencia son mencionadas desde la citación de policía.

Si el acusado manifiesta no ser culpable, comparecerá ante la Corte para seguir el procedimiento formal. Cuando esto acaece se le hace saber la substancia de la acusación y es preguntado si solicita ser culpable o no, si su petición es de culpabilidad es inmediatamente sentenciado sin mayor procedimiento, si la petición es de no culpabilidad, el prosecutor de la corona llamará a los testigos substanciales en los hechos, y al igual que en el sistema de procedimiento civil los testigos son examinados por ambos lados.

Veredicto. Después del examen de las evidencias, los magistrados se retiran para resolver por mayoría y si no lo consideran culpable, el caso ha concluido pero si decidiesen que hay culpabilidad los magistrados se instruyen en los antecedentes de la persona, esto

hace distinguir el sistema Inglés del sistema europeo que se caracteriza por ser evidentemente inquisitorial.

g) SENTENCIA.

Si el acusado es declarado por dos o más ofensas que de acuerdo a ley ameritan más de doce meses, le es remitido a la Corte de la Corona para la sentencia y custodiado entre tanto se emite la decisión.

La apelación ante la Corte de la Corona implica un volver a escuchar el caso, incluso con el llamamiento de los testigos. Finalmente, cabría una última apelación que se ventilase ante la "House of Lords".

h) PROCESO DE ENCARCELAMIENTO.

Cuando a una persona se le imputa una ofensa más seria, el proceso se inicia con una información ante el magistrado que emite una orden de arresto. Si la persona ha sido arrestada con o sin garantía comparece ante la corte de los magistrados dentro de veinticuatro horas y, podrá otorgar una fianza o permanecer en custodia. Esta no puede exceder más de ocho horas, en circunstancias excepcionales y conforme a la ley "Police and Criminal Act. 1984". Los poderes de la policía para detener a un sospechoso pueden extenderse hasta noventa y seis horas.

El paso siguiente de la inquisición criminal, también conocida como proceso de encarcelamiento, se desarrolla ante la Corte de los Magistrados. El procedimiento no pretende decidir si el acusado es culpable de la ofensa pero decide si continúa la investigación, ó sea, si existe evidencia suficiente para colocar al acusado en juicio ante la Corte de la Corona, en otros términos, se ha elaborado un proceso lento para salvaguardar a las personas inocentes de un juicio insuficiente o con dudas evidentes.

Existen dos clases de encarcelamiento conforme a ley "Criminal Justice Act. 1967", que introdujo un procedimiento denominado instantáneo, corto y conforme a este la prosecución se fundamenta en pruebas escritas que obligan a que el acusado tenga un "solicitor" o abogado inicial para que pueda alegar la insuficiencia de la evidencia, de tal manera que la corte no puede iniciar el juicio de acusación sin examinar las pruebas; en todo caso todo depende del acuerdo con el acusado.

Si rehusa este procedimiento, entonces se colocara en el estilo viejo, "old stile committal", este antiguo procedimiento se inicia con una lectura de los hechos y de las evidencias que consisten en testigos, cuyo testimonio oral se desahoga en testimonio escrito, toda referencia oral será anotada por escrito y firmada por los testigos. Estos sumarios son llamados de posiciones, la "examination in chief" y "cross examination" que se desahogan en la forma usual, y la prosecución continúa hasta que la defensa contesta los cargos.

En esas circunstancias, mientras que el acusado manifiesta la existencia de la ofensa o que el cargo es infundado y la defensa

establece la evidencia llamando a los testigos, el denunciado no está obligado a alegar o a indicar su defensa hasta que obtiene un completo silencio. En esas circunstancias elige entre contestar el cargo, leerlo, suscribirlo o transmitirlo a la Corte con las suposiciones de los testigos y las pruebas escritas. Después de la conclusión de estos procedimientos, los magistrados indicarán al denunciado si encuentran que hay cargos "prima facie" en contra de él, o si no lo hay, en el primer caso se inicia el procedimiento ante la corte de la corona. El procedimiento de encarcelación es conducido en una corte abierta en donde se reportan los procedimientos iniciales, en orden a prevenir a la Corte de la Corona de jurados con ideas preconcebidas. La "Magistrate Court Act, de 1980", indica que solamente se harán denominaciones de las materias, los nombres y domicilios de las partes, y los cargos.

i) JUICIO BAJO ACUSACIÓN.

Procedimiento ante la Corte de la Corona o "Crown Court". El procedimiento empieza con un arraigo. Entre la orden de comparecencia y el juicio, un acusado debe recibir conclusiones; éstas son un documento que contienen un resumen de la ofensa imputada y puede componerse de varios cargos. Una vez que el acusado comparece ante la corte, es llamado al banquillo, por su nombre y en esta primera etapa es arraigado: El acusado estará listo para contestar y alegar. Cuando la acusación contiene más de un punto, sobre cada uno de ellos formulará alegatos separadamente. Si alega culpabilidad la prosecución se ventila con un resumen de los hechos; los antecedentes históricos del acusado; sus (records) antecedentes

criminales y cualquier otro detalle importante; la defensa examina y fórmula alegatos; solicitando que se dé indulgencia fundándose en el desarrollo de los hechos, alegando circunstancias que mitiguen la culpa o solicitando se vea al acusado con indulgencia en relación con la penalidad que podría imponerse. El acusado generalmente tendrá la oportunidad de hablar antes de que la sentencia se dicte. Si el acusado alega culpabilidad de una ofensa y no culpabilidad de otra u otros, o ninguna inculpabilidad en todas las ofensas, un jurado será compelido a formarse. Cuando un acusado alega no culpabilidad y el prosecutor no propone, ni ofrece evidencia alguna en contra de él, el juez presidente ordenará un veredicto de no culpabilidad frente al jurado. En adición a un simple alegato de no culpabilidad existe un pequeño número de lo que se conoce como alegatos especiales, estos deben ser breves, ("otre fuis aquid an otre fois convict) cuyos principios significan que la misma persona no podrá ser puesta bajo la misma acusación y los mismos hechos cuando ya ha sido ventilada la acusación en su contra. Incluso se pueden alegar tres circunstancias; 1.- Objeciones fundadas en duda, que se alegan en contra de la substancia de la acusación. El acusado puede asimismo, señalar que todos los hechos alegados en contra de él, no constituyen una ofensa; 2.-Alegato de jurisdicción: cuando el acusado objeta que la corte tiene jurisdicción en esa ofensa y, 3.-perdón, cuando el acusado ha recibido expresamente perdón de una ofensa.

Es posible que la defensa proceda a invalidar o nulificar la acusación alegando graves defectos de sustancia en la denuncia: inexistencia de derecho en la defensa alegada o algún defecto o irregularidad en el procedimiento.

Denunciada la anulación de alguna acusación ante la Corte de la Corona, esta es libre de encauzar una nueva acusación por la misma ofensa.

El jurado se integra en el evento de que se hubiere alegado no culpabilidad. En alguna parte del proceso un jurado de doce personas, se compone llamando a las personas insaculadas como jurados. Este normalmente tiene lugar en la corte por que si el acusado alega culpabilidad para algunos cargos y no culpabilidad para otros el jurado normalmente será llamado. Consideran los juristas Ingleses que los juicios en casos criminales con jurado, forman parte de una honorable tradición que se remonta al siglo XII. Lord Denning, califica al jurado como el baluarte de nuestras libertades, y sostiene que “más que una institución de justicia es una lámpara que muestra las libertades vivas”.¹³⁴ La incautación para el servicio de jurado requiere: ser mayor de dieciocho años. Estar registrado en el padrón electoral, tener una residencia ordinaria en el Reino Unido por lo menos de cinco años a partir de los dieciocho años de edad no estar sujeto a ninguna incapacidad. Se dice que la misma proporción de hombres y mujeres en el jurado reproducen las listas de los electores.

Algunos miembros del público no pueden ser elegibles como miembros del jurado; así los que hubiesen sido o sean miembros del poder judicial, magistrados y en general todas las personas relacionadas con la administración de justicia, tales como “solicitors”, “barristers”, oficiales de corte, de prisión y de prueba, clérigos y enfermos mentales. Otros son descalificados, como los que han tenido

¹³⁴ citado por Kinder -Gest, op. cit. pgs.555 y 556

una sentencia de más de cinco años de prisión o que en los últimos diez años hayan sido sentenciados a prisión, o sujetos a un tratamiento correctivo para jóvenes o cualquier otra forma de penalidad no custodiada.

Algunos ciudadanos tienen el derecho de excusa como los miembros y oficiales de la Casa del Parlamento; los miembros del Parlamento Europeo o los de las fuerzas armadas y los practicantes de profesiones médicas. En ciertos casos otros miembros del público pueden ser excusados del servicio de jurado en función de servicios anteriores al propio jurado dentro de los dos años. Asimismo las personas que hubiesen sido acusadas de falsas declaraciones o aquellas que hubiesen estado bajo el vicio del alcohol o de las drogas y con motivo del cual hubiesen sido multadas por la corte, El llamamiento se hace por los oficiales de las órdenes del jurado, los cuales previamente han examinado las listas electorales, nombres y direcciones de los posibles miembros mediante selección de las propias listas.

Elegido un cuerpo de más de doce jurados antes de tomar el juramento, el oficial informa al acusado su derecho a recusar a los miembros del jurado. La Ley de "Criminal and Justice" abolió el derecho a un término perentorio para la recusación, pues la defensa podría hacer un número ilimitado de recusaciones por causa invocando las razones o señalando la descalificación o inelegibilidad por causa de su parcialidad o por prejuicios. El prosecutor tiene el derecho de mantener a los jurados a menos de qué sea imposible formar un jurado con el panel propuesto, en cuyo caso el "prosecutor" estará obligado a expresar la causa. Desde 1989, el prosecutor tiene

derecho de hacer permanecer a los jurados sin dar las razones en dos instancias, en asuntos de terrorismo y asuntos que interesen al abogado general.

j) CRITICA AL SISTEMA DE JURADO.

En la actualidad hay una crítica al sistema de jurado en función de que al decir de Lord Deblin “predominan el sexo masculino la media edad y la media de la clase media”.¹³⁵

Por otro lado se critica la posibilidad del soborno. El soborno a un jurado consiste en atentar para obtener un veredicto a favor del acusado mediante la influencia con la designación de estos miembros. Se dice que el jurado ha sido abolido en las acusaciones hechas en el norte de Irlanda.

k) PRUEBA DEL SISTEMA: EVIDENCIA.

Se maneja jurídicamente tanto en el aspecto civil como en el criminal, la regla general es que la prueba de la evidencia no debe ser confusa. La prueba debe girar alrededor de la verdad de los hechos.

En materia criminal las reglas de la evidencia responden a las siguientes cuatro cuestiones: Primero, quien asume la carga de la prueba, segundo que hechos deben de ser probados; tercero, que hechos deben ser excluidos del conocimiento de la corte, y cuarto, como se prueba.

¹³⁵ citado por Kinder-Gest, op. cit. p. 556

La carga de la prueba la tiene el "prosecutor". La defensa tendrá a su cargo los alegatos de autodefensa, provocación a la violencia, la necesidad, la intoxicación, y la insanidad. La prueba en este caso, exige menos requisitos que en el aspecto civil, y puede fundarse en probabilidades. Ciertos hechos notorios, como las Leyes del Parlamento no necesitan ser probados. Asimismo se goza de ciertas presunciones a favor de algunas de las partes.

Hay dos clases de presunciones, la directa, y la deductiva. La primera es aquella que se funda en los hechos básicos, la presunción deductiva se desprende de un análisis de los propios hechos. Hay reglas de evidencia relevante y admisible y giran alrededor de dos clases de hechos: los que se desprenden de la sustancia de la investigación y los que surgen de las circunstancias.

La ley reconoce tres clases de evidencia o medios de prueba: la oral que se funda en el testimonio de testigos, o, en las palabras que están conexas con ciertos documentos. La evidencia documental consiste en la producción de documentos descriptores de hechos, o escritos por testigos. La evidencia real, consiste en la presentación material de los objetos. La regla de la mejor evidencia se funda en documentos o fotocopias. La evidencia oral se refiere a una evidencia directa u original de primera mano

La evidencia deductiva se funda en los hechos que, la Corte tendrá como plenamente probados. La evidencia de oídas es oral o escrita, pero formuladas por personas que no han sido parte o no han sido llamadas a juicio.

Reglas estrictas dirigen el uso de la confesión como evidencia en casos criminales y al final de un juramento es necesario probar la opinión.

IX.- EL DERECHO FUNDADO EN EL “CASE LAW”.

Las instituciones jurídicas Inglesas no podrían entenderse si no partimos de la idea del “case law”, que queda definido como el Derecho tradicionalmente construido por las decisiones de las cortes. El jurista necesita referirse a los principios manejados en las resoluciones de justicia y de ellos obtiene la regla conforme a la cual no sólo se ha manejado el derecho sino que podrá resolverse en el futuro.

Fundamento del “case law” es el punto central que consiste en buscar en las decisiones judiciales, la “ratio decidendi” y distinguirla del “obiter dictum”. La “ratio decidendi” ha quedado definida como el “objetivo” o la “razón” de la decisión. “El fundamento de los casos determinados por los jueces”.¹³⁶ “Obiter” viene del latín y significa en camino o de paso, incidental o colateralmente y se define como “las palabras u opiniones no estrictamente necesarias para la decisión del caso. Una marcada opinión expresada por el juez, en su decisión y que va a un lado de la misma, incidental o colateralmente, sin dedicarse a la cuestión fundamental y en ocasiones envuelve razones introducidas en forma secundaria o argumentos análogos, que no constituyen el precedente”.¹³⁷

¹³⁶ Black’s Law Dictionary ,op. cit. p. 1135

¹³⁷ Ib idem op. cit. p. 967

El jurista Inglés en consecuencia debe aprender a interpretar la jurisprudencia y aún cuando, como veremos en el siguiente capítulo, la legislación constituye en la actualidad una fuente importante para el derecho, esta sólo se toma en consideración conforme al grado de interpretación realizado por los tribunales.

Por lo tanto en el Derecho inglés al contrario del resto del derecho europeo no se invocan las razones filosóficas o de fundamento teológico. Ha dicho René David que el derecho fundado en la familia Romano Germánica se hizo en las universidades y en ellas se buscaron los principios fundamentales del orden jurídico, inspirándose en las razones eternas. El derecho Inglés por el contrario busca las razones concretas de las decisiones, supone que los fundamentos de sabiduría e inteligencia se tienen por vistos y sólo se pretenden analizar las razones concretas de la justicia.

La conclusión sería que para el jurista Inglés un sistema de derecho fundado exclusivamente en la ley no sería sino una concepción abstracta de los preceptos y en todo caso una dirección muy genérica de la conducta humana, pero como esta dirección ha quedado plasmada en un documento que recibe el nombre de ley, código o constitución el sistema Romano Germánico ha sido calificado; por los Ingleses como un sistema cerrado, en tanto que fundamentar el derecho en las decisiones judiciales permite presentarnos un sistema abierto; las decisiones judiciales siendo concretas permiten que el jurista se separe de ellas mediante la técnica de la distinción, ("distinction").

Es posible concluir que hasta hace poco el derecho Inglés, calificaba la legislación como una norma excepcional, la función del derecho estatuido sería la de corregir o añadir las decisiones judiciales "adenda vel corrigenda common law".

La segunda conclusión sería estimar, que dado el carácter excepcional del Derecho legislado este sólo produce un exceso de leyes o como habría dicho Carnelutti un "exceso de derecho", cuando lo ideal sería la menor cantidad posible, pero como veremos en el capítulo siguiente las instituciones jurídicas y económicas del mundo moderno exigen un llamamiento al derecho legislado aún en el Derecho Inglés.

La tercera consecuencia es que este Derecho no fundado en el "case law" sino en la Ley recibe el nombre de "Act or Statute", tiene un carácter imperativo. El jurista Inglés no conseguiría la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas, la renunciabilidad de un derecho puramente privado, es propio del sistema Romano Germánico, para el sistema inglés toda norma sería imperativa.

Examinemos en seguida las fuentes del derecho tal y como aparecen en una concepción actual.

TERCERA PARTE

FUENTES DEL DERECHO INGLÉS

Sumario.- I.- Fuentes del derecho Inglés; a) Jurisprudencia; b) Las Cortes Criminales; c) Cortes de Apelación; d) Tribunales Administrativos; II- Las Fuentes del Precedente en el Derecho Actual; a)La Fuerza del Precedente; b)Razones; III.- La Interpretación del Derecho Legislado; IV.- Las Convenciones Internacionales.

I.-FUENTES DEL DERECHO INGLÉS.

Tradicionalmente el profesor francés René David, trató de explicar el problema relativo al derecho Inglés indicando que puesto que generalmente había sido elaborado por los Tribunales de Westminster y a la misma vez se elabora un derecho a través del Parlamento, las fuentes del Derecho Inglés se clasificaban en dos grandes grupos, siendo el primero la decisión judicial que da surgimiento al "case law" y el segundo, la producción legislativa del parlamento que recibe el nombre de "Act or Statute".

El análisis de las fuentes queda muy claro en la mente de otros juristas ajenos al sistema, puesto que, se dice que el derecho esta elaborado por las decisiones judiciales rectas y que la ley solamente tiene la función de añadir o corregir el "common law".

Una tercera fuente se encontraría en los usos y costumbres que especialmente en la materia mercantil, invadió al derecho en siglos anteriores, hasta que surgió la jurisdicción de la "equity" que al

programar el cumplimiento exacto de la obligación regula el derecho mercantil.

Sería un error decir que, el derecho Inglés es un derecho consuetudinario a no ser que acudamos a la llamada costumbre inmemorial del Reino, por la cual los juristas Ingleses entienden, las decisiones judiciales anteriores al siglo XIII.

Finalmente habría una fuente que sólo con el paso de los siglos ha alcanzado cierto valor, me refiero a la doctrina, pero como la doctrina Inglesa gira en torno a la decisión de tribunales judiciales, en todo caso son las resoluciones judiciales la única fuente del Derecho.

Magistralmente concluiría René David que puesto que la decisión judicial se funda en la razón, (*ratio decidendi*), el Derecho Inglés no vendría a ser otra cosa que una ordenación de la razón y nosotros añadiríamos ordenación de la razón obtenida por la experiencia.

Kinder-Gest,¹³⁸ propone una sistematización moderna de las fuentes del derecho Inglés en cuatro categorías:

Uno: Las fuentes históricas, que fundamentalmente son el "*common law*" y la "*equity*" y sólo accidentalmente la legislación;

Dos: Las fuentes actuales que se componen tanto de las producciones hechas en forma de legislación como en forma de precedentes judiciales.

Tres : las fuentes formales que son aquellas que expresamente maneja el parlamento y;

¹³⁸ Kinder-Gest, op. cit. p. 560

Cuatro: Las fuentes literarias o de doctrina.

a) JURISPRUDENCIA.

Agrupamos bajo este rubro las producciones hechas en decisiones judiciales, y debe observarse que no puede traducirse la palabra "jurisprudence", por jurisprudencia, puesto que, por jurisprudencia los Ingleses entenderían las fuentes fundadas en el derecho natural, ó sea en los principios filosóficos. El estudio de las decisiones judiciales en Inglaterra implica, primero, el conocimiento de la organización judicial; segundo, el alcance moderno de la regla del precedente, y finalmente, el análisis de la distinción, (distinction).

Actualmente los juristas ingleses distinguen entre cortes de procedimiento civil, ("civil court"), y cortes de procedimiento criminal ("criminal court"). El primero se compone de tres instancias siendo la primera ventilada en tres tribunales que son la "King's Bench Division", la "Chancery División" y la "Family División". La segunda instancia recibe el nombre de corte de apelación "court of appeal" el conjunto de estas dos instancias se llaman "Hight Court of Justice".¹³⁹

La tercera instancia se ventila en la rama judicial del Parlamento, y a ella sólo se llega "for very important reasons" es decir por razones importantes.

Existen además cortes inferiores para asuntos pequeños que reciben el nombre de "County Court".

¹³⁹ Kinder-Gest. Droit. Anglai. Paris 1993. Este tema y el de las Cortes criminales esta tomado de esta obra págs. 324 a 367.

La jurisdicción de la "Queen Bench Division" como resultado de la "Administration of Justice act 1970", conoce de los casos mercantiles y su procedimiento es más flexible que el de las otras cortes. Abarca por consecuencia el conocimiento de tres materias; uno, todos los casos civiles no asignados a las otras divisiones; las materias mercantiles y los casos de almirantazgo.

La "Chancery División" podríamos pensar que subsiste en el conocimiento de las materias que antiguamente correspondían a la "equity", y, en la actualidad abarcaría, la administración de los bienes de las personas difuntas; la disolución de las sociedades; hipotecas y otras cargas en la tierra, "trust", venta de propiedad en materias relativas a las compañías, partición y venta de inmuebles rectificación y colocación de deudas, materias de banca rota, cumplimiento específico de contratos, y cuestiones testamentarias.

Cuando surge una materia contenciosa la "Family Division", de reciente creación, hace referencia al divorcio, diversos grados de separación, nulidad de matrimonios, otorgamiento y exigencia de pensiones familiares, guarda de menores, adopción, legitimación y las materias relativas a sucesiones siempre que no haya contención en los tres últimos casos.

Finalmente, las "County Court", incluye casos fundados en contratos o en daños, por arriba de cinco mil libras, materias relativas a la "equity" hasta quince mil libras, acciones de recuperación de títulos, bancarrotas, sucesiones en valor inferior a quince mil libras, disolución de compañías cuyo capital sea inferior a ciento veinte mil libras; supervisión de adopciones, algunas materias de almirantazgo y

los temas relativos a la tenencia de la tierra en los diferentes contratos entendidos como "land lord and tenant".

Desde 1974, las reclamaciones pequeñas que no excedan de quinientas libras pueden sujetarse a un arbitrador.

b) "CRIMINAL COURTS".

La Organización de las Cortes Criminales es un poco más compleja que las anteriores. De todas suertes puede pensarse en las tres instancias, ventilándose la primera en la sección del tribunal de la reina (Queen's Bench División) un rango inferior se ventila ante la Corte de la Corona, (The Crown Court). La instancia de apelación recibe el nombre de corte de apelación en su sección criminal.

Finalmente, puede llegarse a la tercera instancia por razones importantes en la Casa de los lores, "the House of Lords"

Abajo de estas tres instancias se encuentran las Cortes de los Magistrados, que en principio conocen los asuntos de escasa importancia o la preparación de casos importantes que van a ventilarse en las otras cortes. La Casa de los Lores puede decirse que recibe apelaciones de la Corte de Apelación y de la Divisional Criminal Court of the "Queen's Bench Division" pero previamente estos organismos deben certificar que existe un punto de Derecho de importancia general envuelto en sus decisiones y solo más tarde la Casa de los Lores indicará si considera o no, que el punto debe discutirse (así se desprende la "Administration of justice act. 1960").

Basta una sesión de tres lores para conocer los asuntos y el veredicto se otorga por mayoría.¹⁴⁰

c) CORTE DE APELACIÓN.

Como hemos visto la corte de apelación tiene una jurisdicción civil, que ya se ha analizado y una jurisdicción criminal que se estudiará enseguida.

Los jueces están precedidos por el "lord chief justice", y los lores de la justicia de apelación requieren un quórum de tres. La Corte de Apelación puede ordenar un nuevo conocimiento de la prueba.

El proceso de primera instancia, como hemos dicho se puede ventilar en la Corte de la Corona o en la División Criminal de la "Queen's Bench". La Corte de la Corona reemplazó, el antiguo juzgado denominado "Quarter sesion" en aplicación de la ley de 1971. La jurisdicción abarca ofensas graves y a ofensas con jurado. El juez de la "Crown Court" puede ser un lego o un juez de la Hight Court de la Queen's Bench División" y por eso decimos que interviene el "Queen Bench".

Los jueces inferiores reciben el nombre actual de Cortes de Magistrados (*Magistrates Courts*), que vendrían desde los años de 1327 y tienen las funciones de conservar la paz y por esa razón también fueron llamados como jueces de paz, cuando su función sea gratuita o "stipendiary magistrates", cuando reciben algún emolumento.

¹⁴⁰ Kinder-Gest. Patricia. Op. cit. pág. 354-355.

En todo caso van acompañados de empleados de justicia (Clerck of the justices).

Los jueces de paz cuyo número al decir de David Baker¹⁴¹ actualmente sería de 21,500 en Inglaterra y en Gales, son jueces urbanos.

Los magistrados estipendiarios son en su gran mayoría "barrister" o "solicitors" que, como hemos visto así reciben la denominación los abogados según su importancia. El "clerk" de justicia generalmente es también un "barrister solicitor".

La Jurisdicción de las Cortes de los Magistrados se extiende como corte de prueba; como corte de investigación preliminar y como jurisdicción mezclada. Como corte de prueba, conoce las ofensas que se han ventilado por acusación. Como corte de investigación preliminar requiere que exista alguna orden de arresto para que el juicio se ventile. Finalmente, la jurisdicción mezclada o de miscelánea se refiere a cuestiones relativas a la separación y mantenimiento de los esposos; a las ordenes de filiación, al consentimiento del matrimonio, guarda de menores, adopción de niños, y a otras cuestiones relativas a incapacidad. Como se ve en estos casos se considera que las cuestiones familiares son de tal importancia que requieren ventilarse en jurisdicciones que buscan el bienestar de la sociedad. Finalmente, existen Cortes Juveniles en donde se elaboran paneles para escuchar las ofensas cometidas por personas menores de catorce o mayores de catorce y menores de diecisiete.

¹⁴¹ David Barker op. cit. p. 78

d) TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

Puede decirse que a más de los tribunales civiles, se han creado en Inglaterra tribunales administrativos, pero su concepto debe estudiarse cuidadosamente, pues resultan de un Derecho Administrativo que es diverso al elaborado por la familia Romano Germánica. Se dice que los tribunales administrativos son similares a las cortes eclesiásticas cuando se ventilaban ante ellas las cuestiones matrimoniales o a los casos de equidad destinados al Canciller en los casos de "trust". Se refieren los tribunales administrativos a los derechos y deberes que surgen entre la persona y el Estado.

Las materias que se ventilan ante Tribunales Administrativos se refieren a la vida social de la comunidad y en consecuencia hacen referencia a los servicios de salud; servicios de seguridad; educación, vivienda, planeación de ciudades y campos. Existen sobre dos mil tribunales en donde se ventilan más de doscientos mil casos al año.

Los tribunales administrativos se componen de paneles, de gente especializada en la materia y su razón de ser es por que estos asuntos interesan al consumidor y al hombre común y corriente. No pueden ventilarse ante las cortes civiles o criminales pues de hacerlo el juicio sería sumamente largo, costoso y elaborado y requeriría peritajes de especialistas y decisiones autoritarias para investigar o conocer la verdad.

Los tribunales administrativos, o sea los antiguos "Board Comissions". tienen las siguientes ventajas: Su decisión es rápida, el procedimiento es barato, hay un proceso informal, el tribunal tiene

poder discrecional y en su gran mayoría está constituido por expertos que buscan una administración eficiente .

Los principales casos de estos tribunales se refieren a seguridad; a daños producidos por industrias; materias industriales; cuestiones laborales; regulación de precios, rentas de casas o departamentos y las cuestiones denominadas internas (“domestic matters”); sindicatos, oferentes de trabajo jurídico (*solicitors*), y médicos.

Los tribunales administrativos tienen dos reglas fundamentales, la primera es conocida con el nombre de “rule against bias” que significa que nadie puede ser juez en su propia causa, y la segunda y quizá más importante y que provendría desde la época de la Carta Magna es la “audi alteram partem”, es decir la necesidad de oír a las partes. Esta última regla ordena aclarar a las partes cuales son las reclamaciones que se ventilan en contra de ellas, y desahoga por medios orales o escritos sus resultados.

Las Cortes administrativas cuentan con instrumentos que pueden ventilarse en su propia jurisdicción, o en la jurisdicción de apelación que obviamente se ventila ante el tribunal de la “División de la Reina”.

Para conocer la verdad el “Queen’s Bench Division” cuenta con tres procedimientos:

A) Una orden de “mandamus”, que significa una orden para compeler a las autoridades a ventilar las inspecciones o a conocer los deberes judiciales;

B) Una “prohibition” que se manda a los que han hecho la investigación o a las diversas autoridades administrativas, y

C) Un “certiorary”, que es una orden que se remite para informarse y obtener un juicio imparcial; revisiones en el exceso de jurisdicción, o incompetencia “ultra vires”, o para impedir una decisión contraria a la justicia natural o corrigiendo errores de derecho.

II.-LAS FUENTES DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO ACTUAL.

Como un resumen de lo anteriormente dicho, podemos indicar que si bien históricamente la fuente más importante del derecho Inglés fue el “case law”, en la actualidad y dado el acercamiento del Reino Unido a la Comunidad Europea podemos decir que de hecho El Reino acepta como primera fuente a la ley y la segunda sería el precedente.

Aunque hemos afirmado que en la actualidad la ley, es la fuente más importante del derecho sin embargo esta se examina sólo bajo la revisión del “*common law*”, es decir, orientando el producto legislativo del Parlamento a la decisión judicial. Aún se reproduce la frase de Coke, que en el Doctor Bonham’s Case (1610), dijo que “compete al Poder Judicial dejar sin efecto una ley del Parlamento si ella es contraria a la razón”. Sin embargo, el Parlamento Inglés no limita su soberanía por ningún texto o por alguna práctica; en la medida en que la organización constitucional de Inglaterra se ha desarrollado a través del Parlamentarismo su poder se ha reconocido. Incluso se discute en la actualidad si no hay posibilidad de entablar algún recurso en contra de una ley del Parlamento, fundándose, en un pretendido exceso de poder. Parece entonces como si el sistema Inglés se acercará al Constitucionalismo Europeo, pero en función de la teoría de la supremacía del Parlamento, incluso se discute si el Parlamento podría

dictar una ley que impidiera a las futuras actuaciones parlamentarias, violar un límite a los poderes; se dice que un Parlamento no tendría una tal omnipotencia. En consecuencia ningún Parlamento puede ligar a su sucesor, y cuando se ha dictado alguna disposición legal que sea contraria a una anterior subsiste la primera. En la práctica el juez no conocerá más derecho que el legislativo, interpretándolo con los precedentes. En consecuencia, en relación con las convenciones internacionales estas son válidas si el Parlamento las ha hecho suyas mediante una ley, si hubiese una contradicción entre la convención internacional y la ley que la ha hecho suya, prevalece ésta

La entrada del Reino Unido al Mercado Común Europeo se realizó en los años setenta, Para esto previamente el Parlamento ha adoptado su ingreso mediante una ley "European communities Act. 1972". Conforme al artículo 2do. sección 1 se prescribe que todos los derechos, obligaciones y responsabilidades, así como todas las acciones y procedimientos creados por o bajo la autoridad de los procedimientos europeos con la intención de ejecutarlos en Inglaterra, serán reconocidos en el Reino Unido y por consecuencia deberán ser ejecutados.¹⁴²

Podríamos finalmente preguntarnos ¿qué valor tienen los reglamentos en el Derecho Inglés? y responderíamos que la fuente constitucional de los reglamentos se encuentran en el Parlamento, en la medida que éste autoriza a ministros, municipalidades y a otras personas de Derecho Público el poder de legislar. Desde luego ningún reglamento puede tener fuerza de ley sino, conforme a los límites que

¹⁴² Cfr. Jolowics. "Droit Anglais" Universidad de París, Dalloz 1992, p.45

previamente ha prescrito el Parlamento y esto es objeto de un control judicial. De donde se deduce que ante el juez puede plantearse la validez de un reglamento y desde luego es principio fundamental, que jamás se ha pretendido que un reglamento irracional tuviera fuerza de Derecho, pues sería contrario a los derechos del "common law".

El Derecho Administrativo de la Familia Romano Germánica tiene una ascendencia absolutista, el Derecho Administrativo de familia Inglesa es eminentemente racional, pues sería contrario al principio de que nadie puede ser desposeído de sus bienes y derechos, sino mediante juicio seguido ante sus iguales.

a) LA FUERZA DEL PRECEDENTE EN LA ÉPOCA ACTUAL.

A pesar del alud de disposiciones legislativas en la época moderna en Inglaterra, el derecho sigue siendo el que surge de las decisiones judiciales, por eso, es importante, la fuerza de las decisiones anteriores.

No obstante las críticas del sistema de precedente hechas por los juristas de la familia Romano Germánica, sigue siendo válida la explicación dada por el maestro francés René David, dada en sus "Sistemas Jurídicos Contemporáneos", el Derecho Inglés es un derecho fundado en precedentes judiciales y estos precedentes pueden ser invocados conforme a reglas ciertas, por que al decir del maestro René David, las decisiones judiciales forman un cuerpo de derecho que constituyen una "ordenación de la razón".¹⁴³

¹⁴³ David René "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Ed. Aguilar. Madrid. 1967. Pág. 307.

El precedente se fundamenta en tres principios, a saber:

El jerárquico, la fuerza individual del precedente y la técnica de la "distinction".

El jerárquico significa que las decisiones de la Casa de los Lores obligan a la Corte de Apelación y la Alta Corte de Justicia. Las decisiones de la Corte de Apelación obligan a la Alta Corte de Justicia, y las decisiones emitidas por los distintos tribunales de la Alta Corte de Justicia, sólo tienen una fuerza persuasiva entre sí, y en relación con los tribunales inferiores.

¿En que se funda la autoridad del precedente?. Se funda en que la decisión ha sido elaborada conforme a la autoridad de la razón, por eso los juristas ingleses expresan que las decisiones judiciales tienen su "ratio decidendi" e insisten en que no debe confundirse con la "obitum dictum".

Finalmente, la técnica de la distinción como "distinction", a mi entender consiste en un poder separarse de la decisión o decisiones anteriores en función de razones no previstas con anterioridad.

Cabe colocarse en tres posiciones en relación con una decisión judicial y un nuevo caso: Primeramente podría pensarse que la resolución anterior debe ser aplicada a un nuevo conflicto; aquí habría univocidad, es decir las razones son univocas; en una segunda hipótesis podría pensarse que no puede invocarse el precedente anterior por que las razones son totalmente diferentes, aquí habría equivocidad, es decir las razones equivocadas y tan sólo aparentes. Finalmente en un punto intermedio, cabría una cierta invocación

analógica, es decir podría el jurista alegar el precedente por razones análogas o separarse de él también por razones análogas, y esto es un camino de analogía.

¿En qué circunstancias se puede alegar la “distinction”? es indudable que en dos hipótesis, es decir, cuando las razones son equivocadas y cuando son análogas, pero permiten descubrir un nuevo camino. Estimo que el Derecho Inglés se ha elaborado durante siglos manejando estos conceptos que filosóficamente pertenecen a Aristóteles. Es la habilidad del litigante o bien la prudencia del juez la que hará que éste se separe de la decisión anterior, considerando que el caso expuesto implica el procedimiento de una nueva solución de justicia.

b) RAZONES:

- | | |
|---------------|--------------------------------------|
| 1.- Univocas | Se alega el precedente |
| 2.- Análogas | Se invoca o se separa del precedente |
| 3.- Equivocas | Se separa del precedente |

El Black’s Law Dictionary indica que “distinct” es “aclarar el sentido o la inteligencia, percibir o entender con claridad; hacer observar un camino evidente pero no idéntico, observable y definible de un modo diverso”.

“Se distingue entre distinción por naturaleza o por ley, que no es la misma; difiere en el lugar; separa o individualiza aquello que es capaz de ser diverso, actualiza o dirige hacia otros campos”.¹⁴⁴

III.-LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO LEGISLADO

Como este derecho elaborado por el parlamento es cada día más importante se plantea el problema de su interpretación. El derecho legislado del parlamento en ocasiones contiene las reglas de su interpretación y tiende en Inglaterra a ser extremadamente detallista. En ocasiones se prescribe en un artículo como deben ser comprendidas las palabras y las expresiones que se encuentran en el texto.

A más en Inglaterra se ha dictado una ley especial, “Interpretation Act.” 1978.

No se localizan en esta ley los principios generales que den base a una interpretación escrita como las reglas de Derecho del Digesto de Justiniano, o como los principios generales del Decreto de Graciano.

Será necesario regresar a los principios que surgen de la interpretación judicial, es decir que aún la ley en el Derecho Inglés se filtra a través de las decisiones judiciales. La regla del precedente vuelve a aparecer como regía el “Common Law”, Jolowics menciona a este respecto la frase de un jurista francés Boulanger reproducida en

¹⁴⁴ Black’s Law Dictionary, op. cit. p. 425

la Enciclopedia del Derecho Civil, "coexiste y concurre la ley escrita, de una parte con la serie de decisiones por otra parte".¹⁴⁵

La necesidad de la interpretación del derecho legislado en Inglaterra surge a partir del momento de que la Gran Bretaña se ha adherido a la Comunidad Europea en 1973, Como hemos dicho y es entonces cuando se han planteado los problemas que la familia Romano Germánica tienen discutidos desde hace largo tiempo.

Como hemos dicho, la ley viene a aclarar el common law y una vez dictada regresa a la necesidad de discutir los problemas actuales. Por esta razón, la Cámara de los Lores ha resuelto que en la interpretación de la ley de ninguna manera se toman los debates legislativos, el análisis se hace del texto mismo de la ley, puesto que ésta se dirige a gobernar un pueblo, de este modo en los anteproyectos, las discusiones no se consideran importantes en el Derecho Inglés

IV.- LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.

El problema es de importancia excepcional puesto que las convenciones internacionales significan el acercamiento a un sistema jurídico, el Romano Germánico que ha manejado el Derecho a través de la Ley.

Así que, al aceptarse una convención internacional a través de un acto legislativo del Parlamento, habría que preguntarse como dice

¹⁴⁵ Jolowics, op. cit. p.48

Jolowics, tres cuestiones, siendo la primera; si la aplicación del derecho internacional solamente se hace conforme a la ley dictada por el Parlamento, y esto sería una convención internacional integrada.

El segundo problema sería, si pueden aplicarse los tratados y la legislación que la Comunidad Europea ha elaborado.

Y el tercer problema es más complejo aún pues se pregunta si las reglas del "common law" deben aplicarse por el juez en las obligaciones convencionales que el Reino Unido ha asumido en un plan internacional.¹⁴⁶

Las convenciones internacionales integradas través de una ley, podrían suceder que se hubiesen adoptado objetivos diferentes a los del tratado, o que, incluso la dificultad de dos lenguas diversas existan contradicciones de textos. Se ha resuelto que la interpretación de un tratado internacional hecha por jueces distintos, por ejemplo hecha por jueces franceses podrían servir para interpretar el tratado en Inglaterra. Se reconoce la necesidad de completar las reglas del derecho del "common Law", con las reglas obtenidas a través de otras jurisdicciones, pues la Comunidad Europea no significa una comunidad de bienes, sino una comunidad de ideas y por ese trato comercial, se aplica la antigua experiencia del Imperio Romano, cuando principió por comerciar con las provincias (*ius commercium*) y acabó por adaptar incluso las resoluciones que las propias provincias formularon (*ius latii*) sin que por eso se califiquen de provincias a ninguno de ambos lados de la Comunidad Europea.

¹⁴⁶ Ibidem págs. 49 y 50

La producción legislativa de la Comunidad Europea, obviamente puede invocarse pues así lo señala la Ley de Interpretación de 1988, cuando ordena emplear los principios de interpretación comunitaria.

El problema se plantea si la adopción de estos principios a consecuencia de una ley, pueden ser modificados; es decir, el peligro se plantearía si el Parlamento modificase la ley, pero entonces se acude a la "ratio decidendi" de la decisión de la Cámara de Lores y esta "ratio decidendi" quizás no podría ser modificada, pues la razón humana no puede ser modificada aun cuando si aclarada.

Finalmente el tercer problema, se plantea sobre las convenciones no aprobadas por el Parlamento en Inglaterra pero que se encuentra relacionadas con las convenciones anteriores; se ha resuelto que el juez puede acudir incluso a las convenciones anteriores, para aclarar la intención de las convenciones aprobadas.

LIBRO SEGUNDO

EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Nota: Con el objeto de que el estudioso que analice únicamente al Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica tenga una idea cercana del mismo siguiendo a Roscoe Pound en su obra "El espíritu del Common Law" tan sólo en cuanto a su método se repite historia y la clasificación de las acciones en el common law. La finalidad es presentar de manera accesible para el estudioso que no hubiere profundizado en el libro primero. Sin embargo esto no significa que deba olvidarse el libro anterior, pues todo lo relativo a las categorías del Derecho Inglés y especialmente los procesos civiles y criminales tienen explicación en el Derecho Norteamericano.

EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

PRIMERA PARTE

Sumario: I.- *El Derecho Angloamericano, a) La Historia del Common Law, b) Las Clasificaciones de las acciones en el Common Law;* II.- *Las Fuentes del common Law en Estados Unidos* 1.- *Decisiones Judiciales a) General; b) Decisiones de las Cortes Federales; c) Decisiones de las Cortes Estatales* 2.- *Precedente; a) Método para buscar el Precedente; b) Reportes Anotados;* III.- *Otras Fuentes del Common Law, a) La Constitución*

de los Estados Unidos (Una Fuente Singular del Derecho Norteamericano), b) Constituciones Estatales; c) Legislación Federal;

d) Legislación Estatal y Local; e) Court Rules; f) Administrative Regulations and Decisions; g) El Feudalismo de la Carta Magna desde el Punto de Vista Norteamericano IV.- La Doctrina del "Stare Decisis" V.-Formalismo y Realismo.

I.-EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

El sistema de Derecho comparado de René David, partiendo de nuestro Derecho Científico, formula cuadros del "Common Law" que, inspirándose en el influjo de nuestra mentalidad latina, distingue entre Derecho Inglés y Derecho Norteamericano y elabora alrededor de estos dos Derechos un análisis histórico, categorial y de fuentes de derechos. El estudio resulta altamente atractivo, pero es ajeno a las concepciones que los juristas del "common law" de ambas masas continentales tienen.

Por una parte los especialistas de Derecho no suelen distinguir entre Derecho Inglés y Derecho Norteamericano, sino que hablan de un Derecho Angloamericano del "common law" Un conocimiento siquiera elemental debe darnos una idea del "common law" en procedimiento y del "common law" codificado.

a) LA HISTORIA DEL "COMMON LAW"

En primer lugar es necesario pensar que cosa se entiende por Historia del Derecho.

Si nos preguntáramos cuál es la Historia del Derecho Mosaico tendríamos que remontarnos al Derecho Babilónico, y de éste al Derecho Egipcio. Las penumbras del tiempo nos presentarían de improviso en el año 3000 antes de Cristo a seres pensantes que elaboran reglas de ética y de conducta socialmente civilizada; del mismo modo la Historia del "common law" tendría que remontarnos no sólo a la época de la conquista normanda, en el año de 1066, sino aún a las costumbres que las siete tribus que constituyeron Inglaterra, llevaban cuando invadieron la isla. Es más, tendríamos que remontarnos a la época de un sustrato ibérico, entendiéndose por tal a las invasiones habidas en Europa antes de las invasiones históricas. Las oleadas de movimientos migratorios anteriores a toda noción histórica pueden considerarse como la prehistoria de los continentes y abarca el paleolítico y el neolítico, pero de ellos no tenemos más noticia que los vestigios de lascas y nódulos o basureros prehistóricos. Los antropólogos suelen denominar a esta invasión con el nombre genérico de arios e invasión Ibérica.

Este análisis arcaico no nos conduciría a una verdadera producción -científica puesto que en él todo sería hipótesis.

La historia del Derecho principia, al decir de Kempin¹⁴⁷ cuando la Profesión de especialistas en Derecho es distinta de las otras actividades y esto al decir de él ocurriría en los principios del siglo XIII,

¹⁴⁷ Kempin, Historical Introduction to Anglo-American Law pág. 233

esto es en la época de la Carta Magna, sin que sea importante la Carta sino la existencia de profesionistas que revela el documento.

La historia del Derecho no consiste en una descripción pormenorizada de lo que los profesionistas han hecho. Pues este ejercicio nos invadiría de un alud de casos, muchos de ellos similares.

Si la historia de una guerra consistiera en el análisis de los sufrimientos singulares, no avanzaríamos nada si no damos a conocer cuales son las principales acciones heroicas que dan acento al desarrollo de la guerra.

De la misma manera la Historia del Derecho solamente relata los acontecimientos sobresalientes bien sea en conceptos, en doctrinas o reglas que revelen esfuerzo heroico de la conducción de su desarrollo.

Los objetivos que se buscan en las leyes, en los cuerpos de Derecho, esto es, en los libros especializados y en el resumen de casos, son interesantes cuando revelan un objetivo de claro desarrollo de lo humano, una búsqueda de una particular prudencia en la solución de los conflictos que la raza humana tiene.

b).- LA CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES EN EL "COMMON LAW"

Desde el punto de vista del "Common Law", al decir de Oscar Rabasa¹⁴⁸ se clasifican en cuatro grandes grupos siendo el primero el que abarca las acciones de "trespass" que tienen por objeto reclamar una suma por daños y perjuicios; el segundo grupo se integra por las

¹⁴⁸ Oscar Rabasa, El Derecho Angloamericano, Fondo de Cultura Económica 1946, p. 103,110

acciones "of debt" para reclamar las deudas; el tercer grupo las acciones "of detinue" para reclamar la posesión de bienes muebles y, finalmente un cuarto grupo denominado "writs of rights" relativos al dominio de bienes inmuebles.

Recuérdese que la denominación de las acciones se diría en latín "action" y los tribunales de Westminster las denominaron "writs".

Respecto del primer grupo o sea el "trespass" la palabra significa equivocación o "wrong" y fue usada para denominar diferentes tipos de acciones que envuelven equivocaciones tortuosas.¹⁴⁹ Las acciones que se refieren a la propiedad inmueble, denominadas "covenant" no se consideraban tortuosas porque no se fundaban en una injuria hecha al autor.

En relación con estas acciones de "trespass" con el paso del tiempo se hizo la distinción entre nominadas e innominadas.

Las injurias hechas a la persona se llamaron "vi et armis"; las relativas a bienes inmuebles, se llamaron "quare clausum fregit" y las relacionadas con efectos se llamaron, "de bonis asportatis".

Las restantes acciones de "trespass" fueron innominadas y por esa razón suelen calificarse como acciones de "trespass on the case" en donde la expresión significa que la acción no se fundó en una forma pero refleja hechos verdaderos.

Dentro de este primer grupo el trespass se extendió también al "trover" o "trover and conversion" para reclamar los daños y perjuicios

¹⁴⁹ V. Kempin, op. cit. p. 183.

que resultan de la privación de un bien mueble que tenga el propietario o simple poseedor. El demandado tiene una detentación ilegal de la propiedad, teóricamente, pero de hecho detenta ilegalmente la propiedad del acto para su uso.

El primer grupo comprende, además la acción de "covenant" en donde la palabra significa acuerdo de voluntades y el "writ" se concede para demandar daños y perjuicios por el incumplimiento de un acto solemne hecho bajo sello (under seal). Un contrato bajo sello es el que está con un símbolo adoptado que identifica a la persona y puede ser instrumento escrito, un anillo cuando estos anillos eran individualmente hechos o una figura impresa que se colocaba en lugar de la firma.

Finalmente, el "writ of trespass" puede adoptar la forma de "assumpsit" o "special assumpsit". La palabra "assumpsit" significa que se ha asumido un deber previamente convenido y adoptó diversas formas como la "misfeasance" cuando se realiza una conducta por otra distinta de la convenida o la "non feasance" cuando se deja de hacer algo.

El segundo grupo de acciones como hemos dicho son "actio of debt", se fundan en que una persona deberá pagar el precio convenido cuando recibe el requerimiento respectivo, abarca la "actio of account" y la "actio of general assumpsit", para la rendición de cuentas y; en el segundo caso para dar cumplimiento a una promesa creada o impuesta por la Ley, respectivamente.

El tercer grupo de acciones, o "writs" hemos dicho que se denominan "actio of detinue" y se utilizaba para reclamar la posesión

de un mueble indebidamente retenido por el demandado y abarcando la "actio of the repleving", para recuperar la posesión de un objeto conservado ilícitamente por el demandado.

El cuarto grupo hemos dicho que se denomina "writs of rights" y hace referencia a la reivindicación del dominio de tierras comprendiendo además otros dos "writs", a saber el "writ" "in the nature of writ" y el "writ of assize" según se refiera al usufructo o a diversas acciones posesorias.¹⁵⁰

Fuentes Secundarias

Restatements of Law

El programa de Dean Langdell¹⁵¹ para poner en orden al "Common Law" y preparar a los futuros abogados en la ciencia legal con el uso de los libros sobre casos, tuvo eco en los principales exponentes entre profesores, jueces y abogado en los años de 1920 en el que fue creado, el American Law Institute (ALI). El objetivo era reducir la enorme complejidad y crecimiento incierto de los casos de "Common Law" sistematizándolos en sencillas reglas legales y principios incluso con el propósito primario de señalar los tradicionales tópicos del "common law", "ALI Restatements" adicionó las interpretaciones judiciales a las leyes que generalmente fueron promulgadas por los Estados.

La primera serie de "Restatements" tomó alrededor de veinte años para ser concluidas, cubriendo los tópicos relativos a contratos,

¹⁵⁰ Rabasa Oscar, op. cit. p. 111

¹⁵¹ Clark and Ansay., Introduction to the Law of United States Deventer-Boston, 1992, cita a Langell, pág. 15 y sig.

propiedades, daños en resoluciones judiciales e incluyendo además los problemas de mandatos, conflictos de leyes, restitución, seguridad y "trusts"; cada compilación fue supervisada por un eminente académico denominado el relator. Se principió la segunda serie de "Restatements" con los reportes de 1952, y las notas que fueron publicadas después de cada sección (en apéndices de volúmenes, sobre mandatos, daños y fideicomisos). La tercera serie empezó en 1987, con el "common law" sobre relaciones internacionales, seguidas por el "Trusts Restatements" en 1992.

La recepción de todos los "Restatements" ha variado de campo a campo, con algunos comentarios críticos de la ALI, señalando que es lo que el "common law" debía de establecer. En general después de todo, las Cortes han fundado la enseñanza en algunos valores citando las compilaciones por ejemplo en 1989 alrededor de ciento siete mil ocasiones.¹⁵²

Los abogados encuentran en el "Restatements" un uso práctico y una visión del área doctrinal así como casos que señalan las notas específicas del "common law".

Hoy en día los Restatements se dividen en capítulos cada uno de los cuales cubre un mayor aspecto del tópico.

Los capítulos son divididos en tópicos, títulos, y finalmente en numerosas y continuas secciones. Las secciones de los textos legales corresponden a nuestros artículos del sistema Romano Germánico.

¹⁵² Clark and Ansay. Op. Cit. Pág. 16. Resumen y traducción inspirado en el texto.

Cada sección empieza con la sustancia de la compilación de la regla legal o principios. Una explicación cimienta con ilustraciones las reglas de aplicación de varias situaciones. Las notas de los relatores que han informado de los antecedentes y citación de los casos, leyes y materiales secundarios, concluye el resumen. Un volumen de apéndice incluye las notas que describen las citas judiciales del "Restatements"

II.-LAS FUENTES DEL COMMON LAW EN ESTADOS UNIDOS.

1.- DECISIONES JUDICIALES.

a) EN GENERAL

Me permito hacer la observación fundamental en la exposición bajo este rubro y siguiendo las obra de Clark "Introduction to the law of United States" que se tiene citada.

René David sostiene la importancia de la fuente del Derecho Natural; así como la de la "Judicial Decision" y el "Statute" or "act" El análisis de las fuentes en el Derecho actual ha sido expuesta por Clark¹⁵³ entre otros autores, dicha exposición la hemos abreviado y traducido libremente en los siguientes párrafos.

La primera decisión fue publicada en 1789. En las primeras décadas de la República, compiladores privados han agrupan las decisiones (muchas veces con sus propias notas) formulando un resumen de los argumentos orales y algunas veces añaden algún análisis. Para poner más orden tanto el aspecto federal como en el local se exigieron los reportes oficiales pero estos fueron sólo lentamente resumidos en el siglo XIX. En 1876, John West en Minnesota, principió un sistema de sumarios privados que al final de la década se propagó más allá de Minnesota abarcando las decisiones a grupos de diversos Estados. Alrededor de 1880, siete resúmenes regionales constituyeron un sistema nacional que actualmente es tan

¹⁵³ Clark, op. cit. p10

efectivo en velocidad y exactitud que veintidós estados, aún hoy no necesitan un reporte oficial. West añade numerosos casos con cabeza de notas que indican una particular subdivisión de un tópico legal resumiendo la discusión legal de la Cort. Este método esquemático llegó a ser un mecanismo importante para los abogados en búsqueda del caso. Alrededor de 1910 existían 8200 volúmenes privados y oficiales de casos del "common law" americano.

La mayor innovación se reporta en el siglo XX con la introducción del sistema de resumen legal computarizado en 1970 por dos entidades comerciales. La publicación de "West" recibe el nombre de "West Law" y la de "Mead Data Central's" se denomina "Lexis", contiene todo el texto de las opiniones judiciales. Los abogados tienen acceso a la información con sus computadoras personales y a base del sistema de Internet. En la actualidad al decir de Clark el número acumulado de decisiones judiciales llegan a 3,750,000 con 123,000 casos que se añaden anualmente.

b) DECISIONES DE LAS CORTES FEDERALES

Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia son publicadas en cinco series competitivas: (1) United States Reports (edición oficial) que se presenta alrededor de dos años después de que la decisión es pronunciada (2).- West Supreme Court Reporter, que es programada pocas semanas después de que la decisión se pronuncia y publicada anualmente en un volumen (en la actualidad suplementos A y B); (3) United States Supreme Courts Reporte Law Week Edition (publicado por Lawyers Corporation) hace aparecer resúmenes avanzados de los

casos con notas; (4) United States Law Week (publicado por el Buró de Negocios Nacionales) y que es remitido semanalmente en entregas sueltas; y (5) United States Supreme Court Boletín publicado por la Casa de Comercio que aparece semanalmente."West Law" y "Lexis" hacen que las opiniones de la Suprema Corte se conozcan un día después de que han sido emitidas. West Publishing Corporation publica también las decisiones de las Cortes Federales inferiores. "El Federal Reporter" que -se inició en 1980 aún hoy da a conocer las opiniones de apelación. "El Federal Supplement", que se inició en 1982 publica alrededor del diez por ciento de las decisiones de las Cortes de Distrito. En 1988 cincuenta y cinco nuevos volúmenes fueron añadidos a las dos series de resúmenes. West ha tratado lentamente de expandir dos series de publicaciones especializadas analizando tópicos de los casos como "Federal Rules Decisions" (creada en 1940 con opiniones sobre las "Federal Rules of Civil Procedure" o el "Federal Rules of Criminal Procedure" o el "Bankruptcy Reporter" que se inició en 1980.

c) DECISIONES DE LAS CORTES ESTATALES

Reportes oficiales de las decisiones de las Cortes de Apelación han sido publicadas en veintiocho Estados, pero el número de Estados que no tienen un servicio gubernamental ha disminuido. La primera razón de esta decadencia es la existencia del "West Publishing Corporation" que alrededor de finales del siglo XIX ha desarrollado reportes sistemáticos nacionales que incluyen algunos reportes locales: Atlantic, North Eastern, South Eastern, Southern, North Western, South Western y Pacific. Estos reportes incluyen las

opiniones de varios Estados. En 1888 West estableció un reporte separado, el New York Supplement para numerosas decisiones de apelación en Nueva York. Entre el North Eastern Report se incluyen casos de la High Court de Nueva York y de la Corte de Apelación. El mismo sistema ha sido imitado con la creación del California Reporter en 1960. Todos los reportes del West siguen un formato sistemático. El muestreo de West prepara en cada caso un resumen y notas principales. Estas notas se publican en Digestos que se usan para reportar los casos del "common law" americano.

El "data base" de "West Law" y "Lexis" con sus resúmenes retrospectivos comprenden las fuentes de las decisiones de las Cortes. Algunos servicios y reportes como el "Media Law Reporter" o "Trade Cases" incluso contienen decisiones federales y estatales.

Para analizar la parte central del Case Law algunos Estados han establecido las opiniones no publicadas que son de todas suertes dadas a conocer y los abogados usan de ellas en su trabajo. Algunas Supremas Cortes Estatales han adoptado programas de publicación y certificación, lo que reduce el número de intermediarios o errores. Estas iniciativas controvierten la práctica del Derecho.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Clark op. cit. p. 39. Resumen hecho a la obra mencionada.

2.-PRECEDENTE

a) *MÉTODO PARA BUSCAR EL PRECEDENTE:*

1. Digestos.- Alrededor de finales del siglo XIX "West Publishing Corporation" hizo compilaciones dado que los abogados necesitaban un mecanismo para localizar los puntos centrales del "common law" cronológicamente reportados. West desarrolló su propia clasificación colocando el punto central de las notas de cada caso reportado. El sistema de West fundado en las circunstancias legales divide las áreas en siete: personas, propiedad, contratos, daños, crímenes, recursos y gobierno. Estas áreas actualmente se subdividen en alrededor cuatrocientos cuarenta tópicos como aborto y control natal, parentesco o cementerios. Cada tópico tiene algunos miles de números claves y, en consecuencia es elaborada para cubrir todas las situaciones legales.

West ha iniciado su sistema de Digestos Americanos con cincuenta volúmenes publicados en 1857, reportando los casos decididos entre 1658 y 1896. Se conoce con el nombre de Digesto Centenario y es paralelamente un símbolo de lo que el emperador Justiniano hizo en sus cincuenta libros del Digesto que había sintetizado lo mejor de las opiniones jurídicas de la Roma clásica. El sistema de West fue inicialmente usado por los modernos glosadores americanos en veinticinco volúmenes.¹⁵⁵

"First Decennial Digest" ordena las cabezas de notas (parágrafos del Digesto) bajo tópicos alfabéticos y números claves de los casos

¹⁵⁵ Clark. Op. Cit. Cita del autor en pág. 79.

incluidos en los reportes sistemáticos nacionales (federales y estatales) de 1897 a 1906. Subsecuentes publicaciones decenales, cada una cubriendo un período de diez años sigue a la "First Decennial Digest"; en el decenio octavo de las notas de 1966 a 1976 se han publicado cincuenta volúmenes, en consecuencia los editores decidieron la publicación cada cinco años. A pesar de eso los casos reportados en el noveno decenio, parte segunda, ("que comprende 1981-1986") ha requerido cuarenta y ocho volúmenes. El "Ten Decennial Digest part One" (que cubre 1986-1991) estaba en publicación a principios de los noventa, incluyendo ocho nuevos y revisados tópicos, tales como los derechos civiles y el procedimiento federal civil.¹⁵⁶

En adición al comprensivo sistema de Digesto Americano, West publica Digestos separados y cabezas de nota de la Suprema Corte de Justicia, de todas las Cortes Federales y de algunas Cortes especializadas federales. West también publica cuatro juegos de digestos regionales y digestos separados de los cuarenta y siete Estados y el distrito de Columbia.

b). REPORTEES ANOTADOS,

Una alternativa al sistema de Digesto Americano en el que West ha publicado todas las decisiones judiciales autorizadas, extractando los puntos del "common law" y clasificando las notas de análisis anteriores, está basada en la noción de que solo un poco de las numerosas opiniones escritas cada año es interesante para la mayoría

¹⁵⁶ Clark. Op. Cit. Tomado de pág. 40

de los abogados. Publicaciones que compiten con West desde finales del siglo XIX, seleccionan casos maestros para su publicación, que contienen una gran cantidad de decisiones legales o de cambios en el "common law" y que añaden comentarios y anotaciones que describen casos similares.

"Lawyers Publishing Corporation" y su filial compañía "Bank Croft-Whitney" comenzó la publicación en 1919 de la "American Law Reports" (A.L.R.). Los volúmenes de la A. L. R. comprenden alrededor de veinte opiniones judiciales mezcladas con anotaciones. Esas anotaciones son en esencia un memoranda legal que discute aspectos del "common law" y toma en consideración los distintos ángulos de cada decisión en el contexto, resumiendo los hechos y los puntos prominentes de todas las cosas relevantes que el editor pudo hallar. Si los juristas de West son hoy los modernos glosadores americanos, los abogados componen sus propios casos con situaciones abstractas discutiendo cada anotación y resumiendo en unas cuantas páginas. Cada anotación es estimada anualmente con referencia a los nuevos casos del tópico como los antiguos volúmenes del A. L. R. que continúan usándose.

Las primeras dos series del A. L. R., incluye, discusión de casos federales y estatales pero la expansión del litigio Federal ha hecho del A.L. R. comprensivo de casos federales a partir de 1969.

La quinta serie del A. L. R. empieza en 1992 y cubre decisiones generales y estatales. Las cinco series a partir de 1992; consiste en 570 volúmenes de bibliotecas.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Clark, op. cit. p. 39 y 40

III.-OTRAS FUENTES DEL COMMON LAW

La mayoría de las fuentes primarias han sido compiladas en el "West law" y el Lexis" sobre los "data bases" (compilación fundamental).

a) UNA FUENTE SINGULAR DEL DERECHO NORTEAMERICANO

La Constitución los Estados Unidos.

La Constitución de los Estados Unidos, define su propia primacía como la máxima fuente de "Law" de los Estados Unidos. Artículo VI párrafo 2.¹⁵⁸

"Sólo en forma extraordinaria las palabras resuelven un problema legal, son las decisiones las que indican lo que las palabras significan".¹⁵⁹ La Convención Internacional de Filadelfia en 1787 no creó un método oficial para sus procedimientos, pero James Madison y otros delegados escribieron extensas notas. Los debates en las convenciones estatales que ratificaron la constitución también fueron documentos.

Por último, "El Federalista", con ensayos de James Madison, John Jay y Alexander Hamilton dieron la base del soporte de la adopción de la Constitución y son considerados como una fuente esencial que contiene una opinión contemporánea.

¹⁵⁸ La declaración de Independencia. La Constitución de los Estados Unidos de América. Edición del Servicio de Información de E. U.A., Pág. 25.

¹⁵⁹ Clark. Op. Cit. Pág. 41.

Ediciones anotadas de la Constitución seguidas de decisiones judiciales compiladas en Digestos han interpretado las cláusulas. Algunas ediciones incluyen comentarios. West publicó diez volúmenes de la Constitución de Estados Unidos anotados como parte de los Códigos anotados de los Estados Unidos. Abogados copublicistas tienen un volumen semejante en el "United States Code Services Constitution". La biblioteca del Congreso recientemente ha preparado una nueva edición de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1987.¹⁶⁰

b) CONSTITUCIONES ESTATALES.

Cada uno de los cincuenta Estados tienen su propia Constitución suprema en su jurisdicción, cuando no es contraria al "common law" federal. Muchos Estados han adoptado varias constituciones o enmiendas mucho más frecuentemente que las elaboradas para la Constitución de los Estados Unidos. La fuente común de esas Constituciones son las notas judiciales de cada Estado anotadas en series de leyes o códigos.

c) LEGISLACIÓN FEDERAL

El Congreso de los Estados Unidos tiene una duración de dos años en sus representantes; el primer Congreso acaeció de 1789 a 1791 y el centésimo tercero Congreso ocurrió de 1993 a 1995. Cuando una declaración llega a ser ley es porque ha pasado ambas

¹⁶⁰ V. Clark op. cit. p. 41

casas del Congreso y el presidente ha firmado (o no ha vetado en diez días) la declaración que los archivistas clasifican como derecho privado o derecho público. Los más antiguos beneficios son específicamente individuales y se refieren a las demandas en contra del gobierno por problemas de inmigración o naturalización. Todas las otras leyes públicas son numeradas consecutivamente y al término de un periodo son publicadas numéricamente conocidas como "United States Statutes at Large".¹⁶¹

Así como hay una publicación cronológica de decisiones judiciales que constituyen los precedentes, la publicación numérica de las leyes interfiere para reglamentar o proveer en un objeto particular. El Congreso da a conocer esta compilación denominada "Revised Statutes of 1875". Este esfuerzo inicial fue mejorado en 1926 con la publicación del United States Code, que compila las leyes públicas bajo cincuenta títulos. Estos títulos están en orden alfabético e incluyen tópicos como extranjeros y nacionales, poder judicial o procedimiento judicial. El U. S. Code es revisado en nuevas ediciones cada seis años con sus suplementos anuales. En 1988 la edición tenía veintiocho volúmenes.

Mientras el gobierno publica lentamente los suplementos del "U.S. Code" y los abogados desean ver la interpretación judicial de las leyes una vez que ésta ha sido hecha, dos ediciones anotadas se venden privadamente. West comenzó el "United States Code Annotated" en 1927, e incluye decisiones judiciales relevantes y referencia a las fuentes secundarias. Las notas de cada artículo del Código se refieren

¹⁶¹ Clark. Op. Cit. Pág. 42.

a las publicaciones de West para tratar 1°s puntos y numerarlos en casos análogos. En la actualidad la compilación comprende más de doscientos volúmenes. Abogados y copublicistas tienen un producto semejante como "United State Code Services" con referencias al A. L. R.

Para averiguar los intentos del Congreso en sus provisiones legales, uno puede investigar los documentos legislativos que lo conducen a la legislación original en medio de subsecuentes enmiendas. Estos documentos pueden incluir numerosas versiones de las declaraciones de la Cámara de Diputados y del Senado, según los reportes o los debates transcritos (reproducido en el Congressional Record) algunas disposiciones públicas han sido publicadas en historias compiladas. Frecuentemente muchos abogados construyen su propia historia usando el "Code Congressional", que empezó a publicarse en 1967 y la información de los servicios congresionales publicados desde 1970 en el "West' States Congressional and Administrative News" publicadas desde 1941.¹⁶²

d) LEGISLACIÓN ESTATAL Y LOCAL.

Las legislaciones estatales que funcionan en reuniones anuales, bianuales, o sesiones especiales, legislan y publican sus estatutos de modo similar al gobierno federal. Los estados publican sus sesiones legales en orden cronológico y codifican sus objetivos en compilaciones para uso legal.

¹⁶² Clark. Op. Cit. pá.42. Tomado de

Cada Estado tiene finalmente un código anotado que usualmente se publica en volúmenes sistemáticos con suplementos periódicos. West publica Códigos de veinte Estados que hacen referencia a las anotaciones de A.L.R. La "Michie Corporation" también publica códigos para veinte estados con referencia a otros auxilios periodísticos. La comprensión comparativa de cada una de las compilaciones legales de algunos Estados es laboriosa pero hay algunas guías.

Las legislaturas de los estados generalmente no publican sus debates o reportes, por lo tanto la compilación de la historia legislativa y la interpretación del Statute es difícil o imposible. Algunos pocos estados reportan una revisión legal por comisiones o comités especiales relacionadas con reformas importantes.

La autoridad legislativa local que se fundamenta en la Constitución estatal o es delegada por la legislatura estatal es promulgada en condados, ciudades o cualquier otra unidad política. Son significativas que las áreas de impuestos, control ambiental, educación, casas, seguro social o servicios municipales. Los Estados operan bajo una carta, que es el law fundamental y se vinculan con ordenanzas son publicadas no en forma muy sistemática. La búsqueda es complicada y los abogados muy frecuentemente requieren la asistencia del Condado, de su escribiente, o del encargado de la biblioteca local.¹⁶³

¹⁶³ Clark. Op. Cit. Pág. 43. Tomado de

e) DECISIONES DE LA CORTE

El Poder Judicial por sí mismo promulga decisiones de la Corte relativas al procedimiento bajo su autoridad y la provisión y autoridad constitucional.

Incluso para algunos objetivos de la Corte se usa su autoridad tal como se le entrega en la Constitución.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, tiene autoridad para instruir las reglas del proceso criminal y del proceso civil, para Cortes de Apelación y Distritos. El mayor volumen de reglas nacionales que contienen la fecha en que estuvieron en vigor, incluyen: 1.- Las reglas federales del procedimiento de apelación (1968); 2.- Las reglas federales del proceso civil (1968); 3.- Las reglas federales del proceso criminal (1946); y 4.- Las reglas federales de la evidencia (1975). Los textos de estas reglas se localizan en apéndices de los títulos 18 al 28 del "United States Code". Cada regla (y sus sucesivas enmiendas) es seguida por las notas del Comité de Consejo que sirven a la historia legislativa.

Casos federales de interpretación de estas reglas se recopilan por "West" en "Federal Rules Decisions" (desde 1940) por Callaghan y por la "Federal Rules Services" (1969). Las versiones anotadas del U. S. Code por West y Lawyers Corporation están numeradas.¹⁶⁴

La Suprema Corte y Cortes Federales especializadas tales como la Tax Court, Clames Court o la Court International Trade tienen sus propias normas. La Suprema Corte tiene incluso reglas especiales

¹⁶⁴ Clark. Op. Cit. Pág. 43. Tomado de

sobre procedimientos de bancarrota. Finalmente cada Corte Federal de apelación establece reglas complementarias para las prácticas locales. El U. S. Code y sus versiones anotadas contienen todas las reglas de las Cortes, en tanto que "Federal Rules Services" publica reglas de Cortes Locales.

Las reglas de Cortes locales varían significativamente en su contenido así como en su publicación. Un aumento increíble tiene la publicación sistemática y anota las versiones incorporadas.¹⁶⁵

f) (ADMINISTRATIVE REGULATIONS AND DECISIONS) REGULACIONES Y DECISIONES ADMINISTRATIVAS.

Para el estudio de estos cuerpos administrativos, véase el último apartado de este trabajo.

Desde el punto de vista federal muchas reglas administrativas son autorizadas por el Congreso. El presidente algunas veces tiene poder constitucional directo para instrumentar algunos órdenes del ejecutivo y proclamaciones¹⁶⁶, pero esto siempre bajo la autorización del Congreso. Un presidente ejecutivo puede ordenar la elaboración de reglas para una agencia administrativa. Esta fuente del law se ha extendido dramáticamente en forma general para la rama del poder ejecutivo federal durante los pasados cincuenta años.

Aproximadamente en 1936, varias agencias federales fueron requeridas para elaborar sus propias interpretaciones ante el público.

¹⁶⁵ Clark. Op. Cit. Pág. 44. Tomado de

¹⁶⁶ Western's New Dictionary, "Proclamation" "an official formal public announcement" 1979 USA p.910.

Esto cambió en 1966 con la creación de un registro federal que contiene en orden cronológico; toda regulación de aplicación general implementado por el presidente de la agencia administrativa. Los Congresos proveen una compilación de estas regulaciones bajo cincuenta títulos y objetivos en el Code of Federal Regulation (C.F.R) que principia su publicación en 1969. Desde 1968 el C.F.R. ha sido resumido anualmente con cada título dividido en capítulos (para las diversas agencias) subcapítulos, partes (para los diferentes tópicos) y secciones. Frecuentemente la recopilación es necesaria para "El Federal Register"¹⁶⁷ tiene cincuenta mil páginas anuales. Los papeles de la C. F. R. comprende alrededor de 200 volúmenes.

Muchas agencias federales realizan incluso una función "quasi judicial" resolviendo disputas individuales que exigen diversas regulaciones. La Administrative Procedure Act (1946) salvaguarda y provee un análisis de las decisiones de las agencias. Muchas agencias que adjudican por escrito sus opiniones ratifican sus decisiones y son frecuentemente practicadas y usadas por los abogados que practican frente a una agencia.

Alrededor de veinticinco agencias por ejemplo la "National Labor Relations Board" y la "Federal Trade Commission" publican reportes oficiales de sus decisiones en una gran variedad de formas, como panfletos, volúmenes comprensivos y microfilmes. En adición, las publicaciones comerciales toman algunos de estos reportes los de otras agencias en extensos volúmenes que producen una ayuda invaluable.

¹⁶⁷ Traducción libre. Regulación federal.

La habilidad y organización de la regulación estatal Administrativa, han sido publicadas desde 1960; con catorce publicaciones estatales. Algunas de las publicaciones estatales contienen decisiones de adjudicación, vinculadas con los impuestos, utilidades, ahorro, seguro o trabajo.¹⁶⁸

g) EL FEUDALISMO Y LA CARTA MAGNA DEL REY JUAN SIN TIERRA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORTEAMERICANO

Hemos visto que, con la conquista normanda, el monarca establece una relación con los señores feudales.

En lugar de que los señores feudales le otorguen sus privilegios al Rey, como sucedió en el resto de Europa en donde las tierras o dominio eminente se distinguieron en tres grupos: solariego (tierra de los señores), abadengo (tierra de la iglesia), y realengo (tierra del rey); el monarca normando reconoció extensiones de tierra a favor de los señores los "manors". De este modo el feudalismo no adquirió los caracteres de un latifundio o de posesiones ilimitadas.

También hemos visto como surgió el "common law". El éxito de los tribunales de Westminster pone celosos a los señores feudales quienes a efecto de impedir el progreso de dichos tribunales lo limitan primero con una carta entre señores feudales que se conoce con el nombre de Carta Magna del 6 de enero de 1215, y en seguida con una limitación a los "writs" decretando que no podría haber más acciones; al decir de Coke esto se efectúa en el II Concilio de Westminster.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Clark. Op. Cit. Pág. 44. Tomado de

¹⁶⁹ David René. Op. Cit. Pág. 247. Cita de

La Carta Magna es denominada "Concilium Regni Nostri" y contiene los elementos básicos del desarrollo de la organización constitucional Inglesa, evolución que como hemos visto sólo se efectúa hasta el siglo XVII.

Los señores feudales obligan a Juan Sin Tierra a reconocer una serie de principios que tienen explicación puramente feudal:

1o. En el artículo 1 se dice "que la Iglesia de Inglaterra sea libre, y conserva todos sus derechos y no se menoscaben sus libertades..." otorgando así a la iglesia el carácter de un señorío feudal.

2o. Los artículos 6 y 12 consagran el principio del parlamentarismo puesto que aquel dice que "los herederos no podrán contraer matrimonio con personas que no sean de su misma categoría, para evitar desiguales el matrimonio deberá anunciarse a todos los parientes de heredero". Lo que significa una intromisión de la "Curia Regis" en la aplicación de la ley sálica.

El 12 señala que "no se impondrá en nuestro reino ningún auxilio ni impuesto por servicio de armas, sin el consejo común de nuestro reino...". Fórmula que significa la importancia del Consejo del reino y que solamente fue consagrada en definitiva con la confirmación de Cartas de Eduardo I (1297).

3o. Antecedentes del Habeas Corpus, "writ" que surgió para evitar las privaciones ilegales de la libertad se encuentran en el Artículo 20 que consagra la proporcionalidad de las multas y la necesidad de salvaguardar en los embargos a los comerciantes y labradores de las mercancías y de los instrumentos de labranza respectivamente para

así poder continuar trabajando y "ninguno de los citados castigos se impondrá sino mediante juramentos de hombres buenos de la vecindad".

4o. Importancia fundamental se encuentra en el contenido de los artículos 37, 39 y 40.

El primero consagra el principio de "Due Process of Law" que señala que "ningún" hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederá ni ordenará proceso contra él, sino en virtud de un juicio de "common law" por sus pares o por la ley del país.

El artículo 39 consagra la libertad de comercio puesto que establece el principio de que los comerciantes podrán salir, entrar, permanecer viajar por Inglaterra, indicando que a los extranjeros solo podrán detenerseles en caso de guerra con su país de origen para ver como se trata en ese país enemigo a los comerciantes de "nuestros Estados".

Finalmente, el artículo 40 consagra el principio de que cualquier persona podrá salir de nuestro reino y volver a él por tierra y mar.¹⁷⁰

Todas estas disposiciones contienen los fundamentos de un "common law" civilizado pues exigen cordura a los interesados, respeto a los comerciantes que se consideran protegidos por el Derecho Internacional y fundamentación a la libertad de personas y del comercio.

¹⁷⁰ Sánchez Agesta Luis. Op. Cit. Tomado de sus "Documentos Constitucionales y Textos Políticos".

Los Estatutos de Westminster de 1275, de Gloucester de 1278, - Westminster de 1285 y Quia Emptores elaborados en la época de Eduardo I establecieron respectivamente, el jurado en los casos penales; extendieron el alcance de las acciones por daños ante los tribunales reales, establecieron la ventilación de las apelaciones ante las altas Cortes, creando nuevas acciones en los casos de responsabilidad civil y quitaron la garantía de los derechos feudales haciendo toda la tierra transferible y afectable a deudas civiles.

IV.- LA DOCTRINA DE "STARE DECISIS"

Un jurista real o realista a efecto de resolver los problemas de la Constitución de Estados Unidos o del Código Uniforme de Comercio, acudiría en primer término a la decisión judicial, que interpreta el problema. Este método es análogo a aquél que se usaría para resolver el "tort" del "common law". Una vez encontrada la decisión o las decisiones formarían el "precedent" que se transforma en el punto central. El "stare decisis" significa que los casos se decidirán bajo el mismo método en que fueron decididos en el pasado. La doctrina usa afirmaciones cortas u opiniones conocidas como la "ratio decidendi" o resolución del caso, que necesariamente constituyen la regla que se sirve para resolver la disputa que ha surgido en una específica situación. Todo el lenguaje que contiene la opinión se refiere a lo dicho y pregona un argumento legal. Una vez que la "ratio decidendi" contrasta con el principio legal, que surge de una serie de decisiones como una norma cercana a las razones de esas decisiones, esto constituye el argumento legal.

El "stare decisis" afecta tres clases de Cortes. En primer lugar a todas las Cortes inferiores en jurisdicción se les impone lo declarado por la Corte superior. Segundo, la Corte superior sigue sus propios precedentes. La Corte superior podría anular previo el análisis de los hechos de un caso contemporáneo procediendo a la distinción del precedente. En la Corte superior regula el precedente en tanto que el juez aplica rígidamente el "stare decisis", pero se sale de él si en su opinión una nueva regla es necesaria. Tercero, las Cortes de otras jurisdicciones usarán el precedente como una autoridad que persuade a través de una regla en que la mayoría de los estados americanos se impone a la minoría.

El poder del precedente como fuente del "common law" depende del acercamiento o aproximación de las Cortes en casos semejantes. La doctrina da lugar a tres objetivos generalmente vinculados: Primeramente la equidad requiere que los casos semejantes sean tratados de una manera semejante. Los escritos de los jueces justifican porque se pliegan a los precedentes con base en un criterio.

Segundo, el "stare decisis" realza la predictibilidad del "common law" que permite a la gente planear sus vidas y reducir los riesgos de un nuevo litigio envolvente.

Tercero, la doctrina prueba que las acciones judiciales hechas por los jueces resuelven los casos alrededor de lo decidido para crear una mayor credibilidad judicial.

Es posible que todo el concepto del "stare decisis" esté en decadencia. Esta resulta de la computarización de los casos del "common law" americano que ha eliminado el distanciamiento natural o

proliferación de opiniones judiciales. Un banco de datos de computarización ubicado en Ohio o Minnesota y al que se tuvo acceso a través de un sistema de telecomunicación muestra el "law" como un conjunto de datos.

Se requiere una enorme capacidad y una especial habilidad para encontrar las cosas: casos, conceptos, frases y palabras. Los abogados se han convertido en manipuladores de los hechos y de las reglas. Dan argumentos al juez que tiene que seleccionar de un grupo de opciones. En este ambiente la equidad predicha anteriormente señala que la decisión en el "stare decisis" es una mera ilusión.¹⁷¹

V.-FORMALISMO Y REALISMO

Formalismo y realismo.- El "Common Law" es lo que una decisión autoritativa dice que es derecho. Esta decisión supone dos distintas perspectivas respecto de las fuentes del "Common Law" las cuales sabiamente han sido seguidas en Estados Unidos. Cada perspectiva sin embargo presupone un camino diferente respecto del pensar de las reglas legales.

Primero un formalismo construye una jerarquía de fuentes que pueden ser vistas en el siguiente cuadro de acuerdo a Clark en su "Introduction to the Law of United States".¹⁷²

Cuadro

Jerarquía de Fuentes del Common Law en Oklahoma:

¹⁷¹ Clark, op. cit. 20. Inspirado y resumido

¹⁷² Clark. Op. Cit. Págs 39 y sig.

Constitución de los Estados Unidos

Leyes Federales y Tratados

Regulaciones de las Agencias Federales Administrativas y decisiones de las Corte.

Federal Common Law

Constitución de Oklahoma

Leyes de Oklahoma

Regulaciones y decisiones de Cortes sobre las Agencias Administrativas delegadas del Estado.

Decisiones Judiciales de la Suprema Corte de Oklahoma

Common Law

La perspectiva dominante en los creadores del Derecho, es el realismo. A este realismo se refiere el cuadro anterior y parte de numerosos niveles en las normas legales, pero se pregunta que sucederá si un ciudadano no está conforme en la manera en que esta norma es aplicada en su contra. En tanto las Cortes tengan la jurisdicción, plena sobre todo tipo de leyes del gobierno y oficiales, los jueces dicen lo que "law" significa en último término. -Esto es, precisamente lo que la interpretación francesa hacía sobre la revisión judicial, administrativa y legislativa de la jurisdicción de las Cortes ordinarias mediante la casación pero prohíbe a los jueces regular al interpretar el "law". John Marshall, el presidente de la Corte ha concluido en "Marbury v. Madison" que el papel de la Corte es

determinar lo que significa, incluyendo el "law" constitucional, en orden a decidir casos que se les presenten. Una interpretación judicial prevalece frente a una decisión política o de otros oficiales públicos. Desde éste punto de vista el caso ventilado ante el juez, llega a ser la más importante fuente del "law".¹⁷³

El grado de realismo del "American Law" depende del grado de comunicación del instrumento del lenguaje en la medida en que se cree en la calidad de los jueces y en su propósito como el significado obvio del texto en un propósito social. En consecuencia el realismo conservativo cree que muchos de los jueces son suficientemente competentes y receptivos a la política de tal modo que usan métodos de razonamiento para preservar el significado de un texto. Sólo un pequeño porcentaje de cuestiones legales, en ocasiones unas más importantes que otras, activan la periferia lingüística y contestan los métodos del razonamiento legal.

Los realistas radicales, muchos de las cuales critican el movimiento legal, creen que los jueces son los actores políticos esenciales y que su interpretación del "Law" y sus decisiones forman la banda política y ética preferencial. Muchos jueces además son electos. Pueden cumplir esta actividad política de dirigir el "law" en tanto que el lenguaje es indeterminado. No existen cuestiones legales fáciles. Solo hay argumentos razonables.

Cada Estado sienta las bases políticas de su "Common Law", tiene su propia jerarquía sujetándose al "Common Law" Federal y a su vez estimando a su propio "common law" como la norma más alta para

¹⁷³ Clark. Op. Cit. Pág. 35, tomado de.

resolver sus cuestiones legales. La ventaja de conceptualizar estas fuentes en forma jerárquica facilita la identificación de quien es la autoridad que hace la decisión con el máximo control superior sobre el inferior, y resuelve conflictos de contradicción de normas en los diferentes niveles. La interrelación de estos niveles con la jerarquía de fuente del "common law" se complica por una variedad de factores que deben considerarse al mismo tiempo.

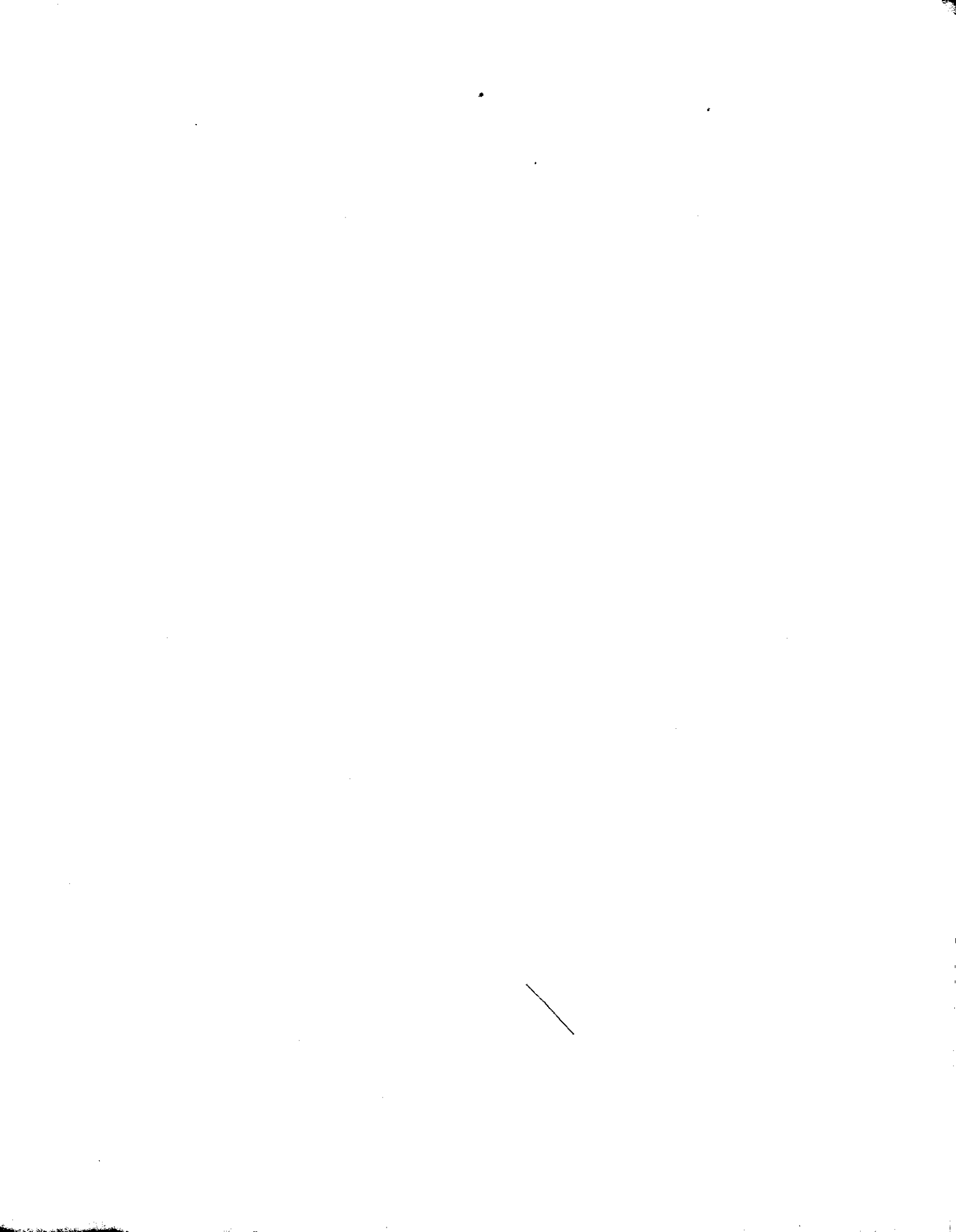
¿Quién es la autoridad definitiva que da el alcance de una norma?. Para un formalista la contestación es clara. Desde 1787 se decidió que las provisiones que la Constitución de los Estados Unidos define, son un lenguaje particular que es yuxtapuesto y coherente en un documento estructurado. Además añaden información sobre los debates y los escritos contemporáneos. De la misma manera los miembros del Congreso determinan autoritariamente que las leyes federales significan un mandato que determina el alcance de sus regulaciones. El primer mecanismo para comunicar el significado de un law, por supuesto, es el lenguaje. Es sobre este que el "Common Law" de las Cortes toma la responsabilidad para una decisión autoritativa provocada en normas legales y lo que esto significa. Este análisis amplía en varios niveles lo que las normas legales significan.

La posición formalista es dominante en aquellos países de tradición de "Civil Law". En Estados Unidos muchas personas suscriben esta perspectiva: Ciertamente tienen sentido y legitiman a los acreedores de las normas legales el poder determinar lo que estas normas significan.

Más allá de los creadores de la Constitución; los legisladores y los administradores creen que esto dará el significado de las normas creadas. Sin embargo entre las Escuelas de Derecho y entre los abogados y jueces, solo una minoría adopta este punto de vista.¹⁷⁴

Después de ésta Introducción; analicemos la Historia del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁷⁴ Clark. Op. Cit. Pág. 35 y 36.



LIBRO SEGUNDO

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

HISTORIA DEL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

HISTORIA DEL DERECHO NORTEAMERICANO

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

Sumario: Introducción al Estudio de Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica; I.- Primer Período; Época Colonial; II.- Segundo Período, Independencia; III.- Tercer Período, Experiencia de la Confederación; IV.- Cuarto Período, La Federación; V.- Quinto Período, La Expansión de los Pioneros y Guerra de Secesión, VI.- Sexto Período; La Expansión y Limitación del Liberalismo; VII.- Séptimo Período; Conflictos Modernos y Cambios Sociales.

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Parodiando a David S. Clark ¹⁷⁵ existe una vinculación entre el sistema legal norteamericano y la cultura formada en el transcurso de 200 años.

Para un estudioso de nuestra familia Romano Germánica, la frase "sistema legal" requiere una amplia explicación, pues no solamente abarca la constitución, las leyes federales y tratados (art. 6 sección II de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica), sino

¹⁷⁵ Clark. op. cit. págs 35,36 y 50

fundamentalmente las producciones del "common law", elaboradas en Norteamérica, estas producciones son las que dan el tinte especial a la cultura de los Estados Unidos. Debemos afirmar que las producciones jurídicas en Estados Unidos tienen una etapa inicial y otra posterior y contemporánea.

Al decir de Clark la visión original y la visión de los Estados Unidos abarcaba cuatro puntos; Libertad, Desconfianza en el Gobierno, Tolerancia y Optimismo.¹⁷⁶

La libertad se percibe desde el primer párrafo de la Declaración de Independencia: "Creemos que todos los hombres son iguales y han sido creados bajo ciertos derechos inalienables entre los cuales se encuentra la vida, libertad y la búsqueda de la felicidad".

El contenido histórico en el que se elabora esta ansia de libertad debe vincularse con el absolutismo en el que habían recaído las monarquías europeas. Absolutismo que si bien en Inglaterra ya había sido resuelto por los Ingleses con una constitución de equilibrio no se aplicaba en las colonias de la costa oriental de los Estados Unidos que se estimaban perseguidos políticos y religiosos.

La desconfianza del gobierno provenía de la experiencia anterior a la Independencia, de tal suerte que cuando los Estados Unidos lograron ser independientes, colocaron como una de sus garantías más importantes la contenida en la enmienda quinta: "Nadie puede ser privado de la vida, libertad o de sus propiedades y derechos sino

¹⁷⁶ Clark. Op. Cit. Págs. 2, 3 4 y 5. Resumen de

mediante juicio seguido ante sus iguales, y observando los principios procedentes del "common law".

El gobierno constituido después de la Independencia tenía que respetar no sólo la vida y libertad, sino también la propiedad entendiendo por esto no sólo las que poseyeran los norteamericanos sino la que en lo sucesivo pudieran adquirir por actividad empresarial. El gobierno nunca ha tenido actividad empresarial en Estados Unidos.

Por otro lado el combate a la tiranía se logró por medio de un sistema federal. Por el cual se delegan poderes a un poder central.

Entre los poderes delegados se encuentran regulados "el comercio interestatal y el cobro de impuestos", los demás poderes corresponden a los estados o al pueblo, en consecuencia la organización jurídica inicialmente elaborada se basó en una desconfianza al gobierno, pues sólo se le integran poderes delegados y se mantienen todos los demás poderes como derechos del "common law" local o del pueblo.

La tercera característica es la tolerancia y se desprende de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se indica: "el congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o sobre el libre ejercicio de la misma, ni puede limitar la libertad de expresión e ideas, ni en contra del derecho de reunirse en forma pacífica". Esto produce una tolerancia en el pensar.

Finalmente, hay un "optimismo" resultado de una reflexión bíblica en donde se ve al mundo y al universo como una concesión bendecida

por la divinidad y la oportunidad no sólo de dominarlo sino de vivirlo con plenitud.

Esto conduce en la actualidad a la supervivencia de muy distintas razas, religiones y filosofías en un campo de libertad moderna, a una idea constante de que el derecho, ó sea el "common law", no surge de la lógica sino de la experiencia. "The life of the law is no logic, the life of the law has been experience". A la misma vez que existe una actitud práctica hay una que se mezcla con un individualismo.

Tocqueville ya señalaba como una característica del pueblo norteamericano el individualismo, pero curiosamente vinculaba este individualismo con una actitud de responsabilidad frente a la sociedad, esto es con una actitud de socialización (no de socialismo).

HISTORIA

El siguiente resumen se encuentra fundamentado en una obra de los profesores, Dr. Wood Grey, y Dr. Richard Hofstadter profesores de Historia de los Estados Unidos de la Universidad George Washington y en la Universidad de Columbia¹⁷⁷, y hemos añadido los datos estadísticos y las observaciones que en lo particular hemos estudiado como profesor de Historia del Derecho Mexicano en poco más de treinta años.

Las Etapas de la Historia de Los Estados Unidos, son a mi entender, siete, a saber 1).- Período Colonial, 2).- Independencia 3.- la

¹⁷⁷ V. Reseña de la Historia de los Estados Unidos, Servicio informativo y cultural de los Estados Unidos de América

Experiencia de la Confederación 4).- Federación, 5).- la Expansión de los Pioneros y Guerra de Secesión, 6).- La Expansión y la Limitación del Liberalismo y 7).- Conflictos Modernos y Cambios Sociales.

I.- PRIMER PERIODO, PERIODO COLONIAL

Principia a partir del siglo XVII, con la fundación de la primera colonia Inglesa de Virginia.

Dos caracteres distinguen notablemente las colonias Inglesas y europeas establecidas en la costa oriental de los actuales Estados Unidos de Norteamérica: los fundadores de las mismas son personajes que van a quedar establecidos definitivamente y que no tiene en mente regresar al continente Europeo, pues son perseguidos políticos o religiosos. Como a Inglaterra lo único que le interesaba era el cobro de impuestos que derivaba del comercio, en términos generales dejó que los colonos adoptaran sus formas de gobierno interno que más les convinieran.

Recuérdese en cambio que la intervención de España, en América Latina, es una expedición de segundones que carecían de oportunidades en la península ibérica y que venían con un aire juvenil a realizar experiencias de aventuras; cuando el gobierno español interviene no se limita a regular el comercio a través de la Casa de Contratación de Sevilla sino que pretendió regular la gobernación creando un organismo que auxiliara al monarca en esta labor o sea el Consejo Supremo de la Indias.

Las trece colonias, no eran todas Inglesas, fueron además fundadas por irlandeses, suecos, y en términos generales europeos. Las trece colonias fueron, Nueva Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Nueva Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur, y Georgia. Esta última fue establecida por razones caritativas, pues se propuso traer a deudores encarcelados para liberarlos de las prisiones Inglesas y para poner un límite a los españoles del sur.

El afán de buscar la libertad religiosa y política condujo especialmente a los puritanos de Inglaterra, a establecer la Nueva Inglaterra. Los puritanos querían un cristianismo más profundo pero con ese afán desembocan en una teocracia política, pues estiman que no existe diferencia entre el Estado y la Iglesia. Los peregrinos fundaron en 1620, la colonia de Plymouth, y más tarde el descontento por razones religiosas, condujo a William Penn a fundar Pennsylvania.

El problema fundamental con el que tropezaron los perseguidos religiosos y políticos fue que no podían pagar el pasaje de Inglaterra a América. A este efecto surgieron agencias de colonización en la que los colonos convenían laborar para las agencias en calidad de trabajadores, pero este sistema los dejaba en peor situación que las que tenían en Inglaterra. Surgieron también empresas individuales que realizaron contratos con colonos; a cambio del pasaje y alimentación se comprometían a trabajar de cuatro a siete años. El intento de establecer colonias eminentemente religiosas condujo a algunas de ellas a realizar experiencias de un gobierno fundado en el texto bíblico, pero esto no dio resultados. La Biblia es un libro que contiene muy diversas expresiones culturales e históricas, y salvo que se analice

filosóficamente es difícil hallar en ella un sistema de gobierno adecuado.

Como hemos dicho la circunstancia de que Inglaterra dejaba a los colonos en libertad permitió que estos tuviesen experiencias de autogobierno, fundado precisamente en una democracia. Suponemos que para lograrla tuvieron muchos años de experimentación, pero de ninguna manera se plantearon el problema de saber si los indios eran propietarios o no de las tierras que ellos ocupaban.

En tanto que Boston desemboca en un puritanismo, la colonia fundada por holandeses tuvo caracteres más marcados, de alegría y comunicación, más tarde esta colonia se transformo en Nueva York.

En términos generales las colonias del norte fueron desarrollando su actividad económica a través de una incipiente industria en tanto que las colonias del sur se fundaron en la agricultura y especialmente en el cultivo del tabaco.

En 1612 Virginia descubrió un método para curar el tabaco y hacerlo más agradable al gusto de los Ingleses esto le dio un gran desarrollo económico.

En todas las colonias floreció si bien lentamente, la enseñanza y la cultura y se fundaron los primeros colegios que después se transformarían en Universidades. La prensa tuvo un gran desarrollo y exigió una libertad frente a los Ingleses, los cuales ciertamente no influyeron en el desarrollo de los gobiernos locales.

En términos generales pueden decirse que las colonias gozaron de un gobierno autónomo pues Inglaterra no impuso ninguna

jurisdicción no importándole otra cosa que la regulación de los impuestos, no la regulación de los viajes como lo pretendió hacer la casa de contratación de Sevilla en España. Ejemplo de democracia, se encuentran, el pacto de Mayflower en donde los colonos convinieron en reunirse para formar un organismo político y esto definitivamente desembocó en una autocracia.

CONCLUSIÓN

Las colonias Inglesas establecidas en la costa occidental de los actuales Estados Unidos de Norteamérica, se rigieron por el "common law", porque al decir de Roscoe Pound la ignorancia de los colonos al igual que la ignorancia del rey normando los condujo a entender el Derecho sólo como formas procesales.

II.-SEGUNDO PERIODO:

INDEPENDENCIA

Al decir de John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, la Independencia del país se "debe buscar a partir de la primera plantación que existió en la América del Norte".¹⁷⁸ Efectivamente mientras que el colono español en Latinoamérica venía en busca de aventuras y nuevas conquistas, el colono inglés y de otras partes de Europa tenía el afán de constituir una empresa mercantil que entonces lo sería, la incipiente plantación.

¹⁷⁸ V. Wood Grey. op. cit. p. 22

Con esto se marcan las diferencias entre una y otra actitud de los colonos por que el español sólo quedaba sujeto a nuevas reglas de pacificación de indias diseñadas por organismos radicados en España especialmente el Consejo de Indias. En tanto que el colono que se ubicó en la costa occidental de la actual Norteamérica, realiza exploraciones por su cuenta, y resuelve los posibles conflictos con la aplicación del "common law", es decir de nuevas decisiones judiciales, específicamente aplicables al caso.

Políticamente la Independencia de los Estados Unidos se prepara cuando surge una guerra entre Inglaterra y Francia. Los franceses poseían Quebec y Nueva Orleans, influyendo sobre el valle del Missisipi, con lo que se formaba una media luna. Los conflictos concluyen cuando Francia acude a los indios como aliados y en consecuencia Inglaterra también busca la alianza con los indios. La superioridad de los ejércitos británicos les dio el éxito y definitivamente Francia pierde inmensas extensiones entre Quebec y Nueva Orleans.

Inglaterra había triunfado mundialmente como imperio, pues no sólo obtiene un éxito en América del norte sino también en la India y en general en todo el mundo colonial. Al reorganizar el imperio principia por colocar América del Norte en la franja oriental y prohíbe la intervención más allá de las extensiones conquistadas a Francia con el objeto de colocar ahí a los indios convertidos al cristianismo por los misioneros franceses, el punto clave en esta reorganización fue el dictado de algunas leyes que establecieron impuestos más enérgicos. Ya con anterioridad, en 1733, se había dictado la ley de melaza, estableciendo un impuesto prohibitivo.

En la reorganización se dicta la ley del azúcar de 1764. Los colonos exigen la aplicación del principio de que no cabía la declaración de impuestos sin representación. Aún podía pensarse que no es tanto el hecho de que se impusieran las nuevas contribuciones lo que provoca el conflicto puesto que mientras esas contribuciones estaban destinadas a reglamentar el comercio, los colonos las soportaron. En 1764 el Parlamento dicta una ley de renta "para mejorar las rentas de este reino", y esto incita a los patriotas norteamericanos. La ley que prohíbe las "cartas de crédito" como medios de pago llamada Ley de la Moneda y la Ley de Alojamiento de 1765, unida a la Ley de Estampillas produjo con la reacción en contra de Inglaterra. Esta consistió en una negativa a realizar comercio alguno y a oponerse a la aplicación de las leyes.

Podríamos preguntarnos por qué razón en la cámara de comunes no existía una representación de los colonos. Quizás la respuesta más adecuada sería que aún cuando Inglaterra había aceptado la representación popular ésta la acepta como una representación práctica, es decir representación de clases e intereses. Esto nos daría la explicación de porque los colonos norteamericanos se oponen al parlamento, ya que ellos no tienen clases ni intereses. Ante la reacción negativa de los colonos de inercia y negligencia frente a las leyes. El parlamento responde dictando leyes que fueron calificadas después como "leyes de coerción". Las más importantes de estas fueron la ley que declaró clausurado el puerto de Boston mientras no se pagara el impuesto del té, la ley que ordenó que los consejeros de Massachusetts fueran elegidos directamente por el reino y quizás, la más grave para los colonos, la ley de Quebec que contemporizó con la

religión católica de las ex provincias francesas. Se forman entonces revolucionarios en contra del parlamento y el ejército de éste. Los revolucionarios norteamericanos, necesitaron mantener una coerción y de este modo no podían pregonar la violencia sino sólo en forma defensiva pues algunas de las religiones de los colonos prohibían y continúan prohibiendo el uso de la violencia. El rey Jorge III en Inglaterra descuidó la aplicación de las disposiciones del Parlamento para someter a la colonias o para que estas triunfaran. En esta época es importante un folleto escrito por Tomas Payne, llamado "Common Sense" en donde ridiculiza la figura del monarca y asegura que una persona honrada era más valiosa para la sociedad que todos los rufianes coronados.

La independencia fue declarada el 4 de julio de 1776 bajo los auspicios de la filosofía de la libertad del hombre y la necesidad de establecer el principio de autoformación de sus gobiernos. El proemio de la Declaración de la Independencia, dice: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere su creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad que para garantizar estos derechos los hombres instituyen gobiernos, derivando sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tienda a destruir esos fines, el pueblo tienen derecho a abolirla o reformarla, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio garantice mejor su justicia y felicidad" ¹⁷⁹

¹⁷⁹ Tomado de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Servicio de Información de los Estados Unidos, p. 8

La guerra de independencia que principia en el año de 1776 sólo concluye hasta el año en que los revolucionarios triunfan y Francia ayudándoles, exigen a Inglaterra el reconocimiento como un gobierno independiente.

III.- TERCER PERIODO LA EXPERIENCIA DE LA CONFEDERACIÓN

La experiencia de la confederación fue al decir de el doctor Wood Grey¹⁸⁰ altamente decepcionante. Los nuevos estados se unían exclusivamente a efecto de defenderse en contra de las posibles intervenciones de Inglaterra, su gobierno central no tenía cuotas de impuestos lo suficientemente definidas y por consecuencia dependió de la voluntad de los propios asociados. La confederación al no tener ingresos determinados fue a la quiebra, era imposible reunir a trece nuevos estados que orgullosamente habían tenido experiencia de formación de sus propios gobiernos. Casi todas las excolonias tenían constituciones locales, entendidas como documentos escritos. En esas circunstancias la confederación no significaba un atractivo para una unión. Sin embargo, un punto muy importante se adquirió en los años en que se experimentó el sistema confederado, recuérdese que el camino hacia el oeste lo había impedido Inglaterra, un peligro inminente se producía a consecuencia y éste era el posible ensanchamiento de los nuevos trece estados en sus caminos hacia el oeste, esto rompería el equilibrio entre los estados y traería una quiebra. Un alto espíritu cívico les condujo a acordar que las

¹⁸⁰ Wood Grey. op. cit. 48

expediciones hacia el oeste no podrían significar un aumento de territorio de los estados sino en todo caso un nuevo estado.

Un nuevo paso más se dio cuando un joven abogado del estado de Nueva York anotó que los estados podían ligarse a través del comercio y asuntos laterales ligados a él. Alejandro Hamilton a mi entender es el autor de la definición del nuevo sistema de gobierno, o sea la federación.

IV).CUARTO PERIODO, LA FEDERACIÓN.

La experiencia de las trece colonias con Inglaterra enseñaba que los únicos vínculos que se tenían con ésta, derivaban de una regulación del comercio y por consecuencia de una exacción de impuestos en función y beneficio de las propias relaciones comerciales.

Ya hemos visto que los colonos se sintieron defraudados cuando la política de Inglaterra se inclinó a disponer los impuestos fueran en beneficio del reino y no para beneficio de las propias relaciones mercantiles.

Esta experiencia al ser examinada para establecer bases a una nueva constitución dio como resultado la formación de una Constitución Federal. La estructura constitucional de los Estados Unidos se definió en el sistema federal delegando ciertos poderes al gobierno central es decir al de los Estado Unidos e indicando con claridad que todo lo que no se delegase se entendía reservado a los Estados, puesto que estos originariamente tenían su "common law".

De este modo podemos decir, repito; que la estructura constitucional consiste en que al poder central se delegan ciertos poderes, en tanto que los que no han sido entregados se entienden reservados a los Estados, y aún cuando esto sólo se aprobó en la enmienda décima, en 1791; históricamente aún antes de la aprobación de la misma el principio surge como precedente en la formación de la Constitución Federal: De este modo se formaba un instrumento jurídico que definía la política de los nuevos Estados Unidos.

A mi entender la Constitución contendría seis puntos, a saber, poderes delegados al poder central, poderes reservados a los Estados, poderes implícitos a la Federación puesto que, lo que se delega a un ente comprende de acuerdo con el "common law" no sólo lo explícitamente dicho, sino también lo implícito; poderes prohibidos a la Federación; poderes prohibidos a los Estados y finalmente poderes concurrentes.

El estudioso tiene que partir de la consideración de que los nuevos Estados de Norteamérica al separarse de Inglaterra de ninguna manera pretendieron establecer un régimen similar al que regía en la Gran Bretaña; desde un principio tuvieron ideas claras de la necesidad de formar un gobierno constitucional, entendiendo por constitución el equilibrio de poderes.

Por esa razón puede decirse que dos son las ideas fundamentales en la Constitución en Estados Unidos, la primera es la separación de poderes, pues para equilibrar el poder se recogía la tesis de Montesquieu y a su vez la tesis Aristotélica; siendo la primera que el equilibrio sólo podía lograrse estableciendo tres ramas coordinadas, y

la segunda que el mejor sistema de gobierno es el que resulta de una prudente combinación. El poder legislativo como resultado de una representación de clases. El poder ejecutivo como unificador y el poder judicial como vigilante democrático del cumplimiento del Derecho.

La segunda idea fundamental es que, para constituirse en una Federación se requería de un documento escrito que contuviese los poderes que se delegaban al poderio central. La constitución de los Estados Unidos fue uno de los primeros documentos escritos en la historia constitucional pero el objeto de hacerlo por escrito no era sino a efecto de definir los poderes que se delegan al poder central. De la combinación de estas dos ideas resulta un equilibrio pues, como dijo Hamilton, el poder legislativo tiene nuestra bolsa ya que define que cantidad de dinero queda en nuestro poder; el poder ejecutivo tiene las armas para establecer el orden y el poder judicial repitiendo las palabras de Montesquieu en cierta manera es el "más débil" no tiene más fuerza que la razón de sus decisiones. Si sus decisiones no son racionales no habría fuerza en él, si están debidamente fundadas en la razón al poder judicial habría que corresponderle todo lo necesario para equilibrar los poderes y defender la Constitución.

El poder legislativo en los Estados Unidos me parece que a semejanza de las cámaras de los Comunes y de los lores, se formó con un Congreso de Diputados y una Cámara de Senadores. En el caso de la formación de una república los senadores representan a los propios Estados. El congreso tendría fuerza pues de otro modo se habría caído en la debilidad del sistema confederado, por eso se dice entre otras facultades que el congreso tendrá la facultad de expedir

todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes que la Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos, (art. 1 secc. VIII). Por lo tanto el cumplimiento de las leyes de los Estados Unidos dependía de los propios tribunales federales, así como de los tribunales estatales a través de la organización estatal de cada estado. La unidad que originó la federación fue consecuencia de este poderío del legislativo, y de los poderes que concretamente quedaron mencionados en la sección VIII del art. 1; entre otros, el poder de exigir impuestos y hacer gastos para el desarrollo de las comunicaciones en toda la unión; el poder de regular el comercio internacional e interestatal y el poder financiero de regulación del crédito y la moneda de los Estados Unidos.

Desde un principio las divergencias sobre cuestiones de poderío de la Federación hicieron surgir dos partidos, el Federalista y el Antifederalista, según que fuesen partidarios de un gobierno central fuerte o que prefiriesen una leve asociación de estados separados. El federalista estuvo representado por Hamilton, Madison y John Hay que escribieron unos documentos apologetizando por el sistema, estos documentos recibieron la denominación "the Federalist Papers". Los antifederalistas, tuvieron como principal representante a Thomas Jefferson, que quería estados fortalecidos resultado de la democracia interna de cada uno de ellos. Para Jefferson el ideal norteamericano es un gobierno sensato y frugal "que habría que mantener el orden entre los habitantes pero en cuanto a los demás lo dejaría en libertad de reglamentar sus empeños relacionados con la industria y el progreso".¹⁸¹

¹⁸¹ V. Wood Grey. *op. cit.* pág. 74

Resultado de esta lucha sensata fue la creación de los departamentos de Estado y del Tesoro. Washington, el primer presidente de los Estados Unidos nombró a Thomas Jefferson, y Alejandro Hamilton como secretario y tesorero, así, el primero luchó por el establecimiento de los Estados, en tanto que el segundo proyectó un banco de los Estados Unidos con posibilidades de establecer sucursales en todo el territorio, Jefferson sostuvo que todo hombre o todo grupo de hombres tiene en esta tierra derecho a gobernarse a sí mismo, pero a su vez la Constitución facultó al gobierno central para establecer impuestos y recaudarlos, pagar las deudas y negociar los préstamos monetarios y esto sólo podía lograrse con un Banco Nacional.

El período termina como consecuencia del tratado de Gante que pone fin a la guerra de Inglaterra pero esto sólo acaece en el año de 1812.

V.- QUINTO PERIODO

a) LA EXPANSIÓN DE LOS PIONEROS Y b) GUERRA SECESIÓN

Habiendo triunfado frente a Inglaterra, los habitantes de los nuevos Estados podrían clasificarse en dos grandes grupos, en primer lugar estarían los que tenían establecimientos prósperos; de explotación agrícola y más tarde industrial; en segundo lugar, surgió una clase de exploradores o de pioneros, que caminaron hacia el oeste sin vincularse con los antiguos Estados. Este camino hacia el oeste caracteriza a este cuarto período y aún cuando Inglaterra había

puesto los límites en los montes Appalachain, o Appalaches y España tenía posesiones, los pioneros no tuvieron límites para sujetarse a estas fronteras y así en consecuencia los primeros grupos eran los denominados "fronteirs", y los pioneros "pionners".

Los países latinoamericanos iniciaron sus movimientos de Independencia poco después del triunfo de Estados Unidos sobre Inglaterra, y en 1817 James Monroe sucedió en la presidencia a James Madison. Ante el apogeo de la independencias americanas y el establecimiento en ellas de Repúblicas, en el año de 1823 el presidente Monroe dio un mensaje anual al Congreso y varios párrafos de su informe constituyen la llamada doctrina Monroe que, al decir del Doctor Grey¹⁸², contiene cuatro principios: 1o. "En los continentes americanos por la libre e independiente condición que han adoptado y sostenido, no habrán de considerarse como sujetos de futura colonización por ninguna potencia europea" 2do "El sistema político de las potencias aliadas es esencialmente distinto... del de los Estados Unidos.... consideraremos todo intento de su parte para extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio como un peligro para nuestra paz y seguridad" 3ro," No intervenimos ni intervendremos en las existentes colonias y dependencias de ninguna potencia europea" 4to.- " En la guerras de las potencias europeas en asuntos que se relacionen con ella misma no tomaremos ninguna parte, ni es compatible con nuestra política hacerlo". En otros términos los Estados Unidos tomaron la determinación de exigir la implantación de un régimen democrático en todo el continente norteamericano, y de no

¹⁸² Idem. Wood Grey. Op. cit. pág.76.

intervenir en los conflictos que las potencias europeas tuviesen entre si. De este modo no sólo ha triunfado su sistema sino que además ha impuesto una democracia fundado en la actividad industrial y económica de todo el continente.

b) GUERRA DE SECESIÓN.

El servicio informativo y cultural de los Estados Unidos de Norteamérica denomina a la guerra de secesión como un “conflicto regional”¹⁸³ La apertura hacia el occidente y especialmente hacia California produjo una intensa actividad industrial a consecuencia del enlace con ferrocarriles, pero el sur insiste en la esclavitud y hace de ella la base de su economía. La guerra de secesión lo mismo invoca el proemio de la Constitución de los Estados Unidos y la enmienda V a favor o en contra de la abolición de la esclavitud. Abraham Lincoln abandera la abolición invocando que la Constitución de los Estados Unidos de América se había establecido para el pueblo de los Estados Unidos y éste abarcaba a todos los habitantes. Los esclavistas invocan la enmienda quinta, por que consideran que nadie puede ser privado de la vida y sus propiedades sino mediante juicio seguido ante sus iguales y se estima que la esclavitud forma parte del patrimonio.

El argumento de Lincoln tiene un resabio evangélico, pues alega que una “casa dividida contra si misma no puede prevalecer”. “Yo creo que éste gobierno no puede seguir siendo para siempre mitad esclavo, mitad libre. No espero que se divida la unión...no espero que la casa se derrumbe...pero si espero que deje de estar dividida”.

¹⁸³ Ib idem p.83 Véase Grey. Op. Cit. Pág. 83.

En 1860, el partido republicano designó a Lincoln como candidato, prometiendo una tarifa arancelaria para proteger la industria y promulgar una ley por medio de la cual se otorgarían lotes gratuitos a los colonizadores del oeste. En Carolina del sur hubo una secesión declarando: "Que la unión que existe actualmente entre Carolina del sur y otros Estados con el nombre de Estados Unidos de América queda disuelta por este acto". A ejemplo de Carolina se formaron los Estados confederados. Después de las sangrientas luchas y del asesinato de Lincoln, se formó un gobierno leal a la Constitución de los Estados Unidos y se aprobó la enmienda XIII que abolía la esclavitud.

Desde el punto de vista Romano Germánico la abolición se haría de golpe; más el manejo del "common law" de los Estados Unidos nos ilustra en el ejemplo de esta enmienda XIII, pues después de indicar que ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán dentro de los Estados Unidos, solo se añade que el Congreso tendría facultad para poner en vigor este artículo bajo una legislación adecuada. Años más tarde en 1868, se aprueba la enmienda décimo cuarta con el objeto de dar a los negros los privilegios de la ciudadanía y entonces se dice en la sección primera que "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado hará o pondrá en vigor ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los Estados Unidos, ni privara ningún Estado de la vida libertad o propiedad sin el debido procedimiento del "common law", ni negara a nadie su jurisdicción la igual protección de las leyes. Esta cláusula recibe el nombre de "equal protection of the law".

VI.- SEXTO PERIODO

LA EXPANSIÓN Y LA LIMITACIÓN DEL LIBERALISMO.

Habiéndose extendido los Estados Unidos de costa a costa, tres hechos fundamentales acaecen después de la guerra de secesión; a saber, en primer término la comunicación de todo el país por medio de los sistemas ferroviarios que permiten dar las bases para un comercio interno, y, la industrialización mediante el descubrimiento y explotación de las minas de carbón; en segundo lugar el descubrimiento y protección de inventos que cambiaron ciertamente la faz del mundo puesto que se inventaron los sistemas de comunicación telefónica, telegráfica y los sistemas eléctricos, es decir que los Estados Unidos pasaron de su etapa rural a su época de expansión; y el tercer hecho es a mi modo de ver el más importante pues puede decirse que a finales del siglo XIX y principios del XX, surge en Estados Unidos una limitación al liberalismo mediante un curioso sistema, las comisiones administrativas, "the board commission". Después de haber ensayado diversas formas de control que estudiaremos más tarde principiando por los acuerdos entre empresarios y continuando con la investigación y publicidad y la inspección. El gobierno de los Estados Unidos aprobó diversas leyes que propiamente constituyen el derecho administrativo norteamericano. Las reformas no fueron populistas, tendían a equilibrar las grandes empresas y así a una Comisión de Comercio Interestatal, se vino a añadir una Comisión de Comercio Federal y la formación de una Reserva Federal, Junta de Gobernadores, para controlar el crédito. Como veremos más abajo las comisiones se entendieron como agencias de comisarios o vigilantes de empresas

que lo mismo reglamentaban la actividad económica que resolvían los conflictos o emitían órdenes y constituyeron un "quasi judicial power". Esta política se desarrolló en la época de Theodoro Roosevelt, y del presidente Wilson y alertó a los Estados Unidos para prepararse en la primera y después segunda guerra mundial con lo que surgió la séptima etapa, o sea la del apogeo de los Estados Unidos. El máximo desarrollo empieza cuando se aprueba en 1913; la enmienda XVI, que faculta al congreso para establecer el "impuesto sobre la renta" sin prorrato entre los diversos estados y sin atender a censo o enumeración alguna es decir haciendo del "impuesto un impuesto, directo y proporcional".

VII.-SEPTIMO PERIODO

CONFLICTOS MODERNOS Y CAMBIOS SOCIALES.

Los Estados Unidos de Norteamérica, " examinados por sus propias doctrinas económicas, constituyen un modelo desde el punto de vista económico, social y administrativo. El logro en su producción agrícola y su plataforma industrial son lo suficientemente sólidos para dar productividad que les permite no sólo un desahogo sino también un ensanchamiento de sus fronteras económicas. La solución de sus problemas sociales ha sido aceptada con los flujos de sus partidos políticos, en ocasiones otorgan y extienden la seguridad social a sus habitantes, en otras ocasiones las recortan. Desde el punto de vista burocrático administrativo, los propios Estado Unidos de Norteamérica, han hecho estudios sobre el costo de su inversión administrativa. Una prudente regulación a través de leyes y decisiones judiciales ha

recortado el gasto administrativo haciendo posible que las empresas privadas tengan, un amplísimo desarrollo.

Dos guerras mundiales fueron un lapso en el desarrollo de esta economía y un tercer movimiento y conflicto social se plantea porque desde el punto de vista financiero, no es posible distinguir entre petrodólar y narcodólar.

Los Estados Unidos, como veremos en la última parte de este estudio han vinculado los negocios con las cuestiones ecológicas y el desarrollo económico, con una regulación laboral; habría que plantearse la cuestión de si requieren vincular su economía con el bienestar social de los países más urgidos o de otra suerte si no quedaran en el aislamiento económico, psicológico y cultural.

LIBRO SEGUNDO

TERCERA PARTE

CATEGORÍAS DEL DERECHO NORTEAMERICANO.

Sumario.- Introducción; I.- Constitucionalismo; II.- La Constitución Política de los Estados Unidos Examinada a la Luz de su Economía. III.- Poderes Reservados a los Estados; IV.- Poderes Compartidos; V.- Poderes Prohibidos; VI.- Análisis Concreto de los Derechos del Hombre; a) Parlamentarismo; VII.- El Control Constitucional; VIII.- Interpretación Constitucional ;IX.- Las Ideas Fundamentales de la Constitución; X.- El Debido Proceso del Derecho; XI.- Las Libertades Individuales, a).- Definición, b) Nacimiento del Concepto de Libertad Individual, c) Surgimiento Actual de las Libertades Individuales, d)Proceso Político, e)Método de Defensa, f)Clasificación de las Libertades Individuales. XI I.- La Cláusula de Protección Igualitaria del derecho; XIII.- Derecho Internacional, Federal y Estatal, a)Derecho Internacional Privado o Conflictos de Leyes, b) Las decisiones que derivan de los textos legales y las que surgen de las decisiones judiciales.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con René David en sus "Sistemas Jurídicos Contemporáneos" el vocabulario y la manera de ser de las categorías

del Derecho Norteamericano, provienen totalmente del Derecho Inglés. El Derecho Norteamericano abrevó en el Derecho Inglés y mantuvo sus categorías inclusive las feudales en forma más energética que como se presentan en la actual Inglaterra, así puede decirse que el vocabulario es el mismo; que las, distinciones del derecho Inglés se mantienen en el norteamericano; para los abogados de éste país es común la distinción entre “common law” y “equity”. Las frases latinas con que se designaban las antiguas instituciones inglesas se conservan en el Derecho de Norteamérica. No existe la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y si bien, algunos doctrinarios actuales imitando a la familia Romano Germánica hacen esas clasificaciones en esta distinción, definitivamente no existe diferencia entre normas de orden público y normas dispositivas, pues ésta distinción no cabe hacerla ni en el “common law” ni en el “act” o “statut”, no en el primero pues se constituye por decisiones judiciales que constituyen precedentes y que como hemos explicado, necesariamente se aplicarán cuando exista identidad en la hipótesis; la ley es decir el “act” o “statut” tampoco podrán dejar de aplicarse como lo sostiene la tesis de las normas dispositivas pues la función de la ley es añadir o corregir el “common law”, sus normas serán irrenunciables.

Existen categorías propias del Derecho norteamericano y a mi entender podríamos colocarlas en dos grupos, en el primero estarían la Constitución Federal Norteamericana de 1786 que entró en vigor en 1789 y la segunda serían las doctrinas substanciales de la Constitución.

La Constitución Norteamericana como Categoría.

Recogiendo toda la tradición del occidente sobre constitucionalismo, el norteamericano busca un equilibrio constitucional.

Este equilibrio constitucional tiene dos ejes fundamentales, siendo el primero que la doctrina de la federación se limitó a recoger las grandes líneas de la intervención inglesa en las Colonias pues Inglaterra se limitaba a obtener impuestos del comercio intercontinental. El segundo eje es el equilibrio mediante el establecimiento de dos jurisdicciones.

Conclusión de este doble eje es la doctrina del "control constitucional" que consiste en distinguir los clásicos tres poderes enumerados en los tres primeros artículos de la Constitución, legislativo, ejecutivo y judicial, y enseguida diferenciar dos jurisdicciones, una central, y otra local. La revisión judicial esta en manos del poder más débil. Hamilton en "El Federalista", dice que el poder legislativo tiene nuestra bolsa en cuanto tiene el poder relativo a los impuestos; el poder ejecutivo tienen las armas por que esta encargado del orden y, el poder judicial es el más débil y no tiene otra cosa que el prestigio que deriva de la racionalidad de sus resoluciones. La doctrina del control constitucional constituye el eje central del constitucionalismo norteamericano y al efecto podrá citarse el caso de Marbury v. Madison, que se desarrollará en la interpretación constitucional.

Las categorías del Derecho Norteamericano, esto es los conceptos que manejan los juristas de ese país pueden calificarse en próximos y remotos.

Ya hemos visto en la historia de los estados Unidos de Norteamérica, cómo la ignorancia de los colonos los condujo a la construcción de un Derecho fundado en las formas de acción, esto es un "Common Law". Históricamente los Estados Unidos están inmersos en el sistema inglés que distingue entre "common law" y "equity" y que maneja una serie de vocablos que miran más bien a las instituciones procesales que a la definición sustantiva. Me parece que los colonos ahora convertidos en ciudadanos de estados, a través de los litigantes, esto es los "common law- lawyers" y los "equity-lawyers", al crear un sistema similar al inglés, profundizaron más en sus raíces feudales. Al decir de René David los juristas norteamericanos reproducen la idea aristotélica y feudal de que para la existencia del derecho se requiere de una decisión judicial de tal suerte que aún cuando el Congreso dicte una ley o "act", mientras no exista una decisión judicial, los juristas norteamericanos suelen decir, "there is no law in the point"¹⁸⁴, que podríamos traducir que no existe "common law" al respecto. Cuando un tribunal federal invoca una ley local, generalmente espera que los tribunales locales dicten una resolución judicial, para saber el alcance de la misma, pues mientras no se dicte esta resolución aún cuando el congreso haya dictado la ley no parece que pueda conocerse el alcance de la ley sin la decisión judicial.

Herederos son los norteamericanos de las categorías del derecho Inglés y por eso distinguen entre "common law" y "equity", no entienden, pues no tienen la distinción entre normas de orden público y normas dispositivas, dado que en estricto sentido todas las normas

¹⁸⁴ David René. Op. cit. pág. 317

serían de orden público, y el conocimiento del Derecho Norteamericano exige el conocimiento de sus formas de acción.

Puede decirse en resumen que el Derecho Norteamericano posee en herencia las categorías del Derecho inglés. Las influencias próximas del Derecho Norteamericano son inglesas.

Las influencias remotas son todavía más occidentales y en esto seguimos a Karl J. Friedrich, en la tesis expuesta en la Enciclopedia de Ciencias Sociales¹⁸⁵. Las influencias remotas del Derecho norteamericano dieron base a su constitucionalismo; al concepto de control constitucional, a su idea de dos jurisdicciones, y a los corolarios de estas afirmaciones.

I.-CONSTITUCIONALISMO

La Constitución de los Estados Unidos de 1776, que entró en vigor en 1789 se componía de siete artículos y sólo hasta 1791, se añadieron las diez primeras enmiendas, que contienen el "Bill of Right", (Derechos del Hombre).

El constitucionalismo norteamericano es heredero de una legado antiguo, medieval y moderno. La herencia antigua se encuentra en la concepción de Aristóteles, cuando este distinguía en el vocablo (constitución) dos acepciones, una vulgar y otra científica. Comúnmente la palabra constitución significa o es sinónimo de naturaleza; con este término al decir de Friederick, tendríamos que todos los pueblos incluso los absolutistas y autoritarios tienen su

¹⁸⁵ Friedrick, Enciclopedia de Ciencias Sociales, Edit. Aguilar, T.III,p.68

constitución; el significado científico de la palabra constitución, equivale, a "equilibrio de poder". El poder podrá ser descrito o relatado e incluso podrá establecerse el mecanismo de su fuerza, estos ejercicios al decir de Friederick jamás agotarían la constitución, pues relatar cuales son los factores reales de poder y cual es la organización científica del poder, es un ejercicio que conduciría a muchas horas de trabajo y descripciones verbales o escritas que no concluirían el verdadero significado de la palabra constitución, que es el de equilibrio del poder; pues al decir de Aristóteles, las formas puras de gobierno son mejores cuando se combinan. La combinación es la que resulta de un grupo de gentes preparadas (legislativo) de otra u otras que ejecutan, las decisiones, y que las llevan a la práctica (ejecutivo) y de otra que resuelve los conflictos democráticamente es decir escuchando al pueblo (judicial). Al decir del Estagirita la mejor forma de gobierno es la que resulta de su equilibrio.

La herencia medieval se encuentra magistralmente expuesta en el tomismo, cuando esta corriente filosófica señala que el derecho, la ley humana no es otra cosa que una ordenación de la razón para el bien de la comunidad y que por encima de la ley positiva existe una ley natural que a su vez es una participación de la ley eterna. El pensamiento medieval de la constitución consistiría en el equilibrio del poder aristotélico pero añadiría que por encima de las leyes existen los derechos naturales que conserva el pueblo (enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos).¹⁸⁶ La modernización del constitucionalismo medieval al decir de Friedrick fue realizada en

¹⁸⁶ V. Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Servicio informe de los E.E.U.U. pág.29

Inglaterra por Eduardo Coke cuando propuso la separación entre el rey y el parlamento. Entre los puritanos, (los lores) y los anglicanos (los comunes) entre la propiedad rural y los intereses comerciales. Coke trajo la carta magna feudal y la modernizó al extender los beneficios que favorecían a los aristócratas a todos los burgueses, es decir a todo el pueblo.

Magnífica exposición del constitucionalismo moderno se encuentra en el pensamiento filosófico de Harrington y en el de Locke. El primero sostuvo que la doctrina de la constitución mixta o equilibrada exigía una separación de poderes del gobernante debido a que debe haber un "gobierno de leyes y no de hombres", debemos traducir las palabras leyes como gobierno de "common law". Harrington hablaba de dos estamentos, la aristocracia natural y el bajo pueblo, el tercer poder era la jurisdicción y al decir de él mismo, citado por Friedrich, el equilibrio se logra cuando el senado propone, el pueblo resuelve y la judicatura ejecuta. Por su parte Locke sostuvo que el derecho del pueblo a darse su propia constitución se integra por un conjunto de derechos naturales y universales, la vida, la libertad, y la propiedad, "...nadie puede ser obligado a renunciar aquello de lo que no puede desprenderse". Este constitucionalismo constituye la herencia próxima del constitucionalismo norteamericano.

II.-LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS EXAMINADA A LA LUZ DE SU ECONOMÍA.

Me permito, enseguida exponer la constitución política de los Estados Unidos colocándonos en un punto de vista económico.

La exposición se funda en lo que Koontz y Gable, han magistralmente expuesto en su obra "El Control Público de la Empresa"¹⁸⁷

Se distingue a la luz de la enmienda décima. La enmienda décima dice textualmente "Los poderes de la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo".¹⁸⁸ Haciendo un resumen de los poderes que se delegan a la federación de conformidad con la sección 8, del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos tendríamos hasta doce poderes delegados; 1.- Poder de exigir impuestos y hacer gastos, 2.- Poder de regular el comercio internacional e interestatal,- 3.- Poder de contraer empréstitos,-4.- Acuñación de moneda,5.- Fijación de la norma de pesas y medidas, 6.- Establecimiento de las oficinas de correos; 7.- Poder de declarar la guerra; 8.- Mantenimiento de un ejército y una flota;9.- Garantizar las patentes y los Derechos de Autor; 10.- Establecimiento de los Tribunales Inferiores; 11.- Dirección de las relaciones con los países extranjeros; y 12.-Poder de dictar las leyes destinadas a hacer efectivas las anteriores facultades

El cuadro de los poderes delegados a la federación comprende no sólo lo que he mencionado sino otros más que reciben el nombre de poderes implícitos. Hemos visto que, conforme al "common law" se abarca en los contratos no sólo las cláusulas que expresamente se colocan, sino, también las cláusulas implícitas (implied clauses) .

¹⁸⁷ Koontz and Gable, El control público de la Empresa, Edit. Bosch. Barcelona España 1976.

¹⁸⁸ Op. cit. pág. 30.

Los estudiosos mencionan hasta cinco poderes implícitos, a saber: I- El poder de formar bancos que surgen en virtud del poder de exigir impuestos, regular el comercio y hacer empréstitos; II.- El poder de ayudar y regular la agricultura en virtud del poder de exigir impuestos y hacer gastos; III.- El poder de emplear dinero en carreteras, escuelas, sanidad, seguros, en virtud de los poderes sobre impuestos, y comercio, IV.- Poder de regular los salarios, horarios y relaciones laborales en virtud del poder de comercio; y V el poder de producir efectos y venderlos en virtud de los poderes de comercio y de guerra, (se entiende en las épocas de conflictos bélicos).

III.- PODERES RESERVADOS A LOS ESTADOS.

En consecuencia a los Estados les corresponde todos los poderes derivados del "common law". Es decir, han delegado excepcionalmente algunos, los restantes les corresponde originariamente, son su "common law" y en consecuencia resultarían los siguientes cuatro poderes a favor de los Estados, 1.- El de regular el comercio intraestatal; 2.- el poder de sanidad, seguridad y moralidad, (policy power) (a mi entender policy power no puede traducirse como poder de policía sino como poder de orden); 3.- poder de propiedad puesto que no se concibe la existencia de un Estado si no tiene un territorio y 4.- el poder de dominio eminente.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Koontz and Gable. op. cit. p. 480

IV.- PODERES COMPARTIDOS TANTO POR EL CENTRAL COMO POR LOS LOCALES.

La regla general sería que aún cuando algunos poderes se transmiten al gobierno central o federal, sólo aquellos en donde existe una entrega expresa y exclusiva "federal preemption" podrían ser del exclusivo ejercicio del poder central; los poderes restantes recibirán lo que se denomina una cuota residual a los Estados, es decir pueden ser ejercidos por el poder local siempre que no se impida el ejercicio del poder central. Serán concurrentes los poderes de exigir impuestos, hacer empréstitos, crear bancos, regular los procedimientos de quiebra y el de dominio eminente y regulación de las actividades económicas.

V.- PODERES PROHIBIDOS A LOS ESTADOS.

Los poderes prohibidos al poder central surgen del "Bill of Rights" enumerados en las diez primeras enmiendas. Los poderes prohibidos a los estados están expresamente señalados en la sección décima del artículo 1o. El gobierno nacional; tienen prohibido quitar la vida, la libertad y la propiedad sin el debido procedimiento del "common law", adquirir propiedad privada para uso publico sin la debida indemnización, privar de los derechos contenidos en la Constitución y los siguientes poderes denegados que resultan sumamente interesantes, dado que tienden a establecer reglas fijas en la economía nacional, tienen prohibido gravar con impuestos las exportaciones, señalar impuestos indirectos que no sean uniformes, fijar impuestos que no sean proporcionales a la población y dictar leyes con efecto retroactivo.

Los poderes que se niegan a los gobiernos locales, emanan de las enmiendas XIII, XIV XV y de la sección 10 del artículo I. De los primeros resulta que no pueden quitar la vida, libertad y propiedad sin el debido proceso de Derecho ni pueden denegar igual protección de las leyes, y de la sección décima del art. I derivan las prohibiciones de acuñar moneda, sostener tropas, privar de la propiedad sin la debida indemnización, concertar tratados y alianzas y algunas muy importantes en materia económica como es la prohibición de quebrantar las obligaciones de los contratos, (to impare the obligations) y gravar con impuestos las importaciones y exportaciones.¹⁹⁰

VI.- ANALISIS CONCRETO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE IMPUESTOS EN EL ORDEN FEDERAL

Antecedentes en el Parlamentarismo.

De los estudios anteriormente hechos se desprende que la organización constitucional de Inglaterra se funda en el parlamentarismo.

Deben precisarse ciertas circunscripciones. En primer lugar, Inglaterra el país de Gales y Escocia forman la Gran Bretaña, en segundo lugar la Gran Bretaña e Irlanda del Norte constituyen el Reino Unido. El Reino Unido y las Islas Anglonormandas así como la Isla del Hombre; constituyen las Islas Británicas. El reino Unido y las colonias constituyen en ciertos aspectos un sólo Estado. La cuarta circunscripción geográfica o sea "Common Wealth" que se forma por

¹⁹⁰ V. Constitución de Estados Unidos de América. Op. cit. pág. 16

una asociación de varios Estados Independientes, entre los cuales estarían Australia, India, Canadá y varios países africanos.

Constitucionalmente la Gran Bretaña y sus países tienen una constitución con tres características fundamentales, en primer término puede decirse que constituyen una unidad, no son de ninguna manera una Federación. En segundo lugar la constitución no es rígida sino flexible. Y aún cuando podrían teóricamente hacerse modificaciones constitucionales, estas no se realizan por que la tercera característica es la fundamental: como la constitución se funda en el "common law", y éste se constituye por precedentes, dictados por un poder judicial independiente difícilmente estos precedentes pueden ser modificados. De donde resulta que para los constitucionalistas ingleses no existe la noción de Estado, pues si las decisiones judiciales van declarando cuales son las facultades de los diversos poderes no es necesario acudir dicen los constitucionalistas a un "ente artificial". Así se declaró en una decisión de *Entick v. Carrington*: "por lo que se refiere al argumento de la necesidad del Estado el "common law" no comprende este género de razonamiento."¹⁹¹

Puede pensarse que los Organos de Gobierno de la Gran Bretaña son cuatro: la Reina, el Parlamento, el Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial.

La tradición es fundamental en el Derecho Inglés.

La Reina forma un órgano de gobierno que de acuerdo con la tradición inglesa, hace girar todo alrededor de su majestad la Reina,

¹⁹¹ Droit Anglai, 2 da. edic. Droit Constitutionale da loi Dalloz Paris 1972, p. 72

pues así se dice que la legislatura es “la Reina en el parlamento”; que los jueces son “los Jueces de su Majestad” y que la reina es Jefe de las fuerzas armadas y de la iglesia de Inglaterra, incluso como dice René David la Reina aparece como una Reina absoluta, “The Queen can do no wrong”.

El segundo órgano de gobierno es el Parlamento que como hemos visto se constituye por la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, los Lores son espirituales y temporales aquellos constituyen la Iglesia de Inglaterra en calidad de obispos, los Lores son pares del reino de Escocia, Gales y el Reino Unido, la Cámara de los Comunes se constituyen por 650 miembros en el Parlamento y deben reunirse por lo menos una vez al año para sesionar sobre los impuestos, actualmente el parlamento vota diversas leyes, las exigencias modernas han conducido a Inglaterra a elaborar Derecho Legislativo; incluso a partir del siglo XX las leyes se han concedido a los Ministros de la Corona el poder de formular reglamentos.

El más importante papel del Parlamento, provendría desde el “Bill of Rights” de 1689 en el que se ordena la autorización del Parlamento para aprobar cualquier impuesto.

Finalmente existe una responsabilidad de los Ministros Ejecutivos frente al Parlamento, este juicio político es el “impeachment”, y aún cuando los miembros del Parlamento tienen la libertad de expresión en los debates y procedimientos y por sus opiniones no podrán ser llevados a tribunales, no parece que durante muchos años cuando menos últimamente se hayan llevado juicios políticos. El Parlamento a semejanza de los jueces, pueden emitir un “contempt of the

parlament” que podríamos traducir como desacato al parlamento y que funcionaria a semejanza del “contempt of the court” en forma directa castigando las agresiones o en forma constructiva sancionando los engaños para hacer caer al Parlamento en un error.

En resumen el “common law” y su mecanismo judicial han invadido al principal órgano de gobierno inglés.

El tercer órgano de gobierno es el Poder Ejecutivo, sus principales miembros son el Primer Ministro y los Ministros de la Corona, que constituyen el gabinete y que realizan una función pública. El Primer Ministro es designado por el soberano dentro del partido político que tiene la mayoría en el Parlamento; el primer ministro no puede ser miembro de la Cámara de los Lores y debe pertenecer a la Cámara de los Comunes. Sus funciones son resultado de convenios aprobados por el Poder Judicial y pueden extenderse a ocupar el Tesoro, los negocios extranjeros” y la defensa. Como ejecutivo obra a nombre del Soberano así se dice “her Majesty the Government”.

Los ministros de la corona se ocupan de los más altos servicios del Estado. Su designación la efectúa el soberano con el consejo del primer ministro y los principales son el Secretario de Estado y el Canciller de Causas Fiscales; El Lord Chancellor; y otros ministros que se ocupan del Departamento de Estado. El gabinete constituye el Consejo de la Corona. Finalmente las funciones de estos altos departamentos del Gobierno central constituyen una función pública y se denominan “civil servant”.

Por último el poder judicial adquiere la importancia que hemos señalado en función de su independencia, la cual deriva tanto de su cuerpo de precedentes como de la fuerza que tiene a través de las acciones de desacato que pueden aplicar, "contempt of court" que hemos explicado.

VII.-EL CONTROL CONSTITUCIONAL.

La tradición jurídica Inglesa nos ha mostrado en la primera parte de este estudio como hizo surgir la noción de control constitucional. Podría sin embargo decirse que la plenitud de este control se desarrollo en el Constitucionalismo Norteamericano porque como hemos dicho este distingue tres poderes y dos jurisdicciones.

El caso Marbury v. Madison se ha considerado como la piedra de toque de este control, como la obtención de la plenitud de su desarrollo pues llega a considerar a la Constitución ordenada y establecida por el pueblo, como la suprema ley de la tierra. "Toda la Legislación debe estar conforme a los principios establecidos en ella, cuando una ley de Congreso se considera que no ésta conforme al mandato constitucional, la rama judicial del gobierno tiene el deber de examinarla a la luz de los artículos de la constitución para decidir si ella esta conforme a sus principios" caso de United States V. Buttler¹⁹².

Marbury v. Madison.- Fue un caso dictado por la Suprema Corte en 1803. Los antecedentes del mismo surgen a partir de la elección

¹⁹² Calvy and Coleman, op. cit. p. 120-123

del año de 1800. Los dos partidos dominantes eran el federalista, dirigido por el presidente John Adams y Alejandro Hamilton y el democrático- republicano capitaneado por Thomas Jefferson y James Madison.

Estos últimos en las elecciones del congreso ganaron la mayoría sin embargo como sólo se inauguraría el Congreso el 24 de marzo de 1801, en todo ese tiempo el Congreso estaba controlado por los federalistas, se apresuraron estos a la realización de dieciséis nuevos Circuitos de Cortes, y cuarenta y dos nuevos jueces de paz. El presidente Adams propuso entre otros a Marshall como jefe de la Suprema Corte de Justicia y a Marbury en compañía de otros tres como jueces de paz.

La designación de Marshall fue publicada por Jefferson. Su secretario de Estado Madison no hace la publicación del caso de Marbury, es así como se plantea la controversia de Marbury frente al secretario de Estado. William Marbury pide la aplicación de la sección trece de la ley Judicial, "Judiciary Act", a la suprema corte de justicia para que emita un "writ of mandamus" que conforme a la ley podría hacerlo la corte bajo la autoridad de los Estados Unidos. El Jefe de Justicia de la Corte en 1803 no era otro que John Marshall, y Marbury pide que se emita el "writ of mandamus" para que se dé a conocer su nombramiento y dicen Calvy y Coleman en la obra anteriormente citada que Marshall tuvo que resolver tres cuestiones, siendo la primera, tiene Marbury un derecho a la designación que él reclama. Marshall resuelve que habiendo sido confirmado y designado por el presidente y el senado, Marbury tenía derecho. La siguiente cuestión es si existe derecho al cargo ¿existe un recurso legal para apoyarlo?,

Marshall y la corte resuelven que existe el "Writ of mandamus" para exigir el cumplimiento de la publicación del encargo. La tercera cuestión es que si existiendo el remedio éste se encuentra en manos de la Suprema Corte, Marshall, contesta que no pues la Corte salvo los casos de excepción marcados por la propia constitución es un tribunal de apelación y el "writ of mandamus" debe ser exigido en primera instancia. La ley "Judiciary Act" en su sección trece que faculta a la Corte para emitir el writ, es anticonstitucional. La sección segunda del artículo seis de la Constitución faculta a los jueces para vigilar el exacto cumplimiento de la Constitución. Luego a partir de este caso se encuentra el desarrollo de un control constitucional.

VIII.-INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.

Como hemos explicado el caso Marbury frente a Madison es la piedra angular y el caso fundamental con el que se inicia la interpretación constitucional y ha sido definido como la piedra angular de decisiones efectuadas a partir de 1803 y en el cual la Suprema Corte de Justicia estableció el Derecho de la Rama Judicial para aplicar e interpretar la constitucionalidad en función de las leyes del Congreso, señalando por consecuencia las funciones y prerrogativas del Sistema Judicial y sus relaciones con la rama legislativa.

Para un observador de la familia Romano Germánica el sistema norteamericano constituye el triunfo del derecho sobre la política.

Para comprobar este aserto, reflexionemos, primero lo que ha sido la Interpretación Constitucional y enseguida lo que Calvy and

Coleman¹⁹³ mencionan como las doctrinas fundamentales del Constitucionalismo Norteamericano. Nunca se ha puesto en duda por los juristas norteamericanos que el derecho constitucional contiene una serie de principios que constituyen la doctrina constitucional.

En doscientos años la Constitución de los Estados Unidos compuesta de siete artículos no ha sido modificada. Únicamente se han elaborado veintiséis enmiendas en donde la palabra enmienda significa aclaración más no reforma o modificación.

Puede decirse que del proemio de la Constitución se derivan no sólo los principios republicanos sino también los democráticos y de desarrollo fundado en la razón:

“Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes, los beneficios de la Libertad, estatuímos y Sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”¹⁹⁴

Esto significa que los Estados Unidos son un pueblo de derecho, que busca el establecimiento de la Justicia, pues si bien promueve la defensa común provee el bienestar general fundado siempre en la libertad. Con mayor claridad aún la enmienda nueve, pocas veces citado por los constitucionalistas, dice que “no por el hecho de que la

¹⁹³ Calvy and Coleman op. cit. p. 119

¹⁹⁴ Declaración de Independencia de los Estados Unidos, embajada U.S.A .p.8-29

constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo".¹⁹⁵

En la actualidad los constitucionalistas norteamericanos pueden clasificarse en relación con el problema de la interpretación en tres grupos, a saber aquellos que buscan el pensamiento original de los constitucionalistas (original intention), que admiten una interpretación amplísima llegando incluso como dijo René David a adoptar la tesis de Josserand, de interpretación teleológica.

La segunda escuela es "interpretivism", que acepta la interpretación teleológica o hacia el futuro, (no interpretivism) que quiere sujetarse a ciertos principios de adaptación.

Los que se colocan en el pensamiento original suponen que los autores de la Constitución tenían una intención e interpretaron la misma a través del lenguaje constitucional.

Para conocer el pensamiento original de los autores habrá que acudir a la obra denominada el Federalista "The Federalist Papers"¹⁹⁶. La lectura de esta obra, permite a mi entender contemplar un pensamiento fundado en ideas de equilibrio de poder.

De las dos acepciones que tiene la palabra constitución en la filosofía de Aristóteles, la vulgar que es sinónimo de naturaleza o manera de ser y la científica que significa como hemos dicho significó equilibrio de poder, los autores de la constitución se inclinan por esta

¹⁹⁵ Declaración de Independencia los Estados Unidos. V. Pág. 29

¹⁹⁶ V. Madison Hamilton and Jay, The federalist papers, Edit, Fondo de Cultura económica

última, pues en toda ella se establece la idea de que los hombres buscarán el poder, de que estarán dispuestos a establecer vivencias con su poder, de que la política será un arte para sobresalir y tener cuotas de poder, y partiendo de esta realidad especialmente Hamilton se afana por buscar el equilibrio. Se dice que Hamilton recibió instrucciones de los ángeles para redactar este documento y que si por ángeles entendemos las ideas, indudablemente que fueron los ángeles los que le ayudaron a redactarla. De suerte que aunque nos coloquemos en la intención original, obviamente pasamos a la segunda escuela, que los juristas norteamericanos llaman "interpretivism". La actitud teleológica se ve muy clara en dos elementos: en primer lugar por que Hamilton al redactar la Constitución no hace otra cosa al establecer el federalismo que implantar lo que la propia Inglaterra había hecho con las antiguas trece colonias, o sea regular el comercio entre la metrópoli y las colonias y cobrar impuestos. Establecido un federalismo con la idea de un poder central éste no tendrá más que las facultades de regular el comercio internacional e interestatal para hacer gastos y lograr el bienestar general de todos los Estados que se han unido.

La escuela del "interpretivism", que podríamos traducir por interpretativa no es tan amplia como la intención original pero esta cercana a ella, pues sostiene que de la Constitución pueden seleccionarse algunos principios fundamentales y ser estos, materia de un desarrollo. Así se dice que el "Bill of Rigths" constituye un punto central en la constitución y cada uno de los derechos del hombre enumerados en esta carta ha sido objeto de un desarrollo amplísimo. Más adelante veremos como efectivamente la Suprema Corte de

Justicia de los Estados Unidos ha desarrollado esta carta de los derechos puntualizando todos sus extremos. Los constitucionalistas norteamericanos han considerado que esta doctrina del "interpretivism" de todos modos significa una limitación puesto que solamente se acogen ciertos principios para ser desarrollados.

Finalmente al decir de Calvy y Coleman¹⁹⁷ existen en la actualidad en los Estados Unidos un intento de "Non interpretivism" que tendría raíces muy antiguas puesto que vendría de la posición de que la Suprema Corte de Justicia adoptó a partir de los años de 1819, Marshall quiere una constitución viviente y por eso escribió en el caso *McCulluch v. Mayland* que la Constitución fue hecha para permanecer en todos los tiempos y para "ser adaptada a las diversas crisis de los negocios humanos". Según esta posición la constitución debe irse adaptando conforme al pensamiento ético y moral de todas las edades. y así las cláusulas del debido proceso del common law "due process of law" y la de la protección igual para todos "equal protection" deben irse adaptando prudentemente según las necesidades de los Estados Unidos .

En resumen cualquiera que sea la posición en que se coloque el interprete, este no ha adoptado una actitud puramente exegética, pues la posición que busca la intención original, tiene tales presupuestos que puede perfectamente irse amoldando según las necesidades de los tiempos; la segunda escuela, la "interpretivism" parte de un grupo o cuerpo de ideas que pueden asimismo irse colocando en el devenir de los tiempos y esto a pesar de ser la escuela que más limita el alcance

¹⁹⁷ Calvy and Coleman, op. cit. p. 130

de la interpretación. La actitud teleológica francamente se observa con la posición "no interpretivism" en donde el Jefe de la Corte quiere que la Constitución se adapte al devenir de los tiempos.

El presente tema tendrá su complemento si analizamos las doctrinas constitucionales más importantes que se han elaborado a propósito de la separación de poderes el debido proceso del Derecho, las Libertades Individuales y la protección igual para todos y la noción de Derecho Internacional Privado.

IX:-LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN.

La separación de poderes

Los autores de la Constitución a más de hablar de dos jurisdicciones, la jurisdicción central y la estatal adoptaron la tesis de la separación de poderes.

En el constitucionalismo norteamericano triunfa definitivamente la concepción Aristotélica, que considera el mejor gobierno como el que resulta de un equilibrio de poder. Como hemos visto los autores del Federalista indican que, en primer lugar debe pensarse en el gobierno de unos cuantos a través de las dos cámaras a efecto de que señalen con cuánto dinero se quedan los particulares, descontados los impuestos. Se supone que esta representación se constituye por dos cámaras una de las cuales representa a los Estados y la otra al pueblo y que está formada por personas que defenderán a sus representados.

El poder de uno sólo fue magistralmente delineado cuando se pensó en la figura de un Presidente que no rinde cuentas a un

presunto parlamento sino que tiene sobre sí una responsabilidad de una política adecuada.

Finalmente la democracia radica en el poder judicial pues éste es el único que tiene contacto continuo con el pueblo y desemboca en una auténtica democracia cuando cuida que los particulares defiendan su vida, libertad y propiedades abarcando en este concepto a los servicios, si no es escuchando a los propios interesados y dándoles la oportunidad de defenderse. Al adoptar la doctrina de separación de poderes, los autores de la Constitución no se colocaron en una posición dogmatizante sino funcional pues aceptaron que el legislativo a más de sus funciones de desarrollar el aspecto legal para el cumplimiento de los objetivos de la Unión, tiene por conducto de la cámara de senadores, la facultad jurisdiccional de juzgar la responsabilidad de los altos funcionarios.

El ejecutivo no exclusivamente se ocupa de la política y gobierno, pues entre sus funciones se encuentra el veto legislativo.

Finalmente el poder judicial tiene la facultad de autoorganización, es decir no requiere de ningún otro organismo para desarrollar su disciplina y regulación; en otras palabras tiene la facultad legislativa y ejecutiva de auto organizarse.

Los constitucionalistas norteamericanos ante esta agilidad de la propia Constitución han logrado una doctrina de la separación de poderes fundada en la elección y el sistema de designación.

El poder legislativo es elegido territorialmente, pues los miembros de ambas cámaras son el resultado de un escrutinio de Estados o de

regiones. El poder ejecutivo se elige universalmente, el sistema de elección es indirecto, pero es universal puesto que todos los electores intervienen para elegirlo. El Poder Judicial Federal es designado por el ejecutivo con aprobación del senado. Realizada la designación, dada la lucidez con que dictan sus resoluciones, adquieren independencia frente a otros poderes, es decir el poder judicial una vez que emiten resoluciones fundadas en la razón humana obtiene el rango de su independencia. Si sus decisiones fuesen aberrantes no alcanzaría lucidez en medio de su pueblo.

La separación de poderes se realiza de este modo flexible y se funda en consecuencia en los sistemas de elección y designación.¹⁹⁸

X.- EL DEBIDO PROCESO DE DERECHO.

La cláusula del debido proceso de derecho se encuentra expuesta en la enmienda quinta; como derecho protegido federalmente y en la enmienda décimo cuarta como derecho protegido estatalmente, por consecuencia el debido proceso de derecho vigila que la totalidad de los habitantes de los Estados Unidos puedan ser protegidos en su vida, libertad y Derechos asegurándoles que cualquier privación o agravio a los mismos tendrá que ser el resultado de un proceso donde se escuche a los propios interesados. El debido proceso en cada caso particular significa que en el ejercicio de los poderes del gobierno, como titular máximo del derecho sólo actuará bajo la salvaguarda de la protección de los Derechos Individuales. El curso legal de los procedimientos debe estar de acuerdo con las reglas

¹⁹⁸ V. Enciclopedia de las Ciencias Sociales, voz "separación de poderes". T. 3, John P. Roche. 540-545

y principios establecidas en los sistemas de jurisprudencia para la protección de los derechos privados.

El debido proceso del derecho implica la facultad que tiene la persona afectada de ser presentada ante un tribunal que actúa dando oportunidad de defensa antes de privar o disminuir la libertad o la propiedad comprendida en un sentido amplio. Deben los particulares ser escuchados con sus pruebas y testimonios, de tal modo que nunca puedan ser privados si no se agotan previamente las posibilidades de su defensa.

El debido proceso no es exclusivamente una defensa remota de los derechos sino una defensa actual o constructiva, el concepto que se deriva de la quinta enmienda, dicen las decisiones judiciales, implica que el derecho debe ser razonable y que en consecuencia se protegerá a los particulares aún cuando este pseudo derecho sea irracional, arbitrario o caprichoso, y es fundamental requisito el de escuchar y dar la posibilidad de ser informado en todos sus aspectos.

Las acciones del poder judicial federal se emiten para proteger la carta de los derechos en contra de las arbitrariedades del gobierno central o nacional, en tanto que la enmienda décimo cuarta protege a los particulares en contra de las decisiones de los gobiernos locales. La protección de ambas jurisdicciones no se limita a los ciudadanos, incluye también a los extranjeros, por el hecho de ser seres humanos.

La cláusula del debido proceso tiene dos dimensiones: el debido proceso desde el punto de vista estrictamente procesal y el debido proceso desde el punto de vista sustantivo. El derecho Norteamericano habla del juicio justo, "fair trial". Ósea procedimiento

apegado a las reglas del "common law". El aspecto sustantivo se refiere a la evaluación de lo justo. Por esa razón desde el punto de vista procesal el juez decide lo que es injusto, irracional o contrario a la conciencia de la sociedad. Desde el punto de vista sustantivo las apreciaciones de la corte regulan un buen orden económico. Sin embargo, no es posible mantener una línea divisoria entre lo procesal y lo sustantivo de la cláusula del debido proceso del common law. La carta de los Derechos aplicable a los estados proviene de la enmienda décimo cuarta y fue hecha precisamente después de la guerra de secesión, a efecto de obligar a los Estados sureños a adoptar las legislaciones antiesclavistas.

Al decir de Calvy y Coleman,¹⁹⁹ tres teorías se han elaborado sobre la carta de los Derechos aplicables a los Estados, la primera es denominada de incorporación total, conforme a la cual la cláusula del debido proceso legal abarcaría todos los procesos y los jueces de cada estado estarían obligados a proteger. La segunda teoría se denomina incorporación selectiva. Y conforme a ella la Suprema Corte va decidiendo caso por caso en que circunstancias se aplica sólo a la materia federal; por ejemplo si la quinta enmienda exige para ventilar un proceso penal la existencia de un gran jurado, la décima cuarta enmienda no lo exigiría para la materia local, dependiendo todo del Derecho de cada Estado.

Esta última teoría es la que ha prevalecido y por consecuencia se requiere un conocimiento de campo para saber cuando los estados deben observar las exigencias federales.

¹⁹⁹ Calvy and Coleman, op. cit. p. 141-142

La tercera teoría señala que el debido proceso no se limita a la aplicación e la Carta de derechos; los "no interpretivistas" alegan que la Carta de los Derechos tiene un contenido que no agota el campo que protege el poder judicial.

XI.-LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.

Una de las categorías más importantes del Derecho Norteamericano, es el que se analiza bajo el título e libertades individuales. Hemos visto al estudiar el derecho Inglés como en éste Derecho surge el "Bill of Rights" de 1689, que hemos estudiado.

En el Derecho Norteamericano con anterioridad a la Constitución de 1786, surgió en el Estado de Virginia una Constitución con un capítulo de "Bill of Rights", que fue adoptada el 12 de junio de 1776.

En el presente estudio analicemos en primer lugar, una definición del "Bill of Rights"; en segundo lugar una análisis abreviado de los antecedentes históricos; en tercer término pondremos atención en el ambiente histórico que dio surgimiento a las libertades individuales, primero en Inglaterra y luego en Estados Unidos; hecho este estudio pongamos atención en el proceso político tanto europeo como angloamericano en el que se manejan las categorías de libertades individuales., y por último hagamos un intento de clasificación de estas libertades individuales a la luz del "common law" norteamericano.

a.- DEFINICIÓN.-

Las palabras "Bill of rights", que podrían traducirse como carta de derechos, ha sido definida como una producción legislativa formal y enfática que declara los derechos populares, y libertades que goza el pueblo y que deberán ser respetados, por el gobierno. La definición esta inspirada en el texto del Black's Law Dictionary.²⁰⁰

b) NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE LIBERTADES INDIVIDUALES.

Históricamente en Europa el concepto de libertades se remonta hasta el pueblo ateniense en la época de Pericles, donde se puso énfasis a la libertad de debate y el derecho de participar en las decisiones públicas.

En la Edad Media, estas libertades individuales fueron defendidas a través del concepto del Ley natural. Tomas de Aquino distinguía entre Ley Eterna, Ley Natural y Ley Humana.

La ley humana fue definida como una ordenación de la razón para bien de la comunidad; en tanto que la ley eterna se consideraba, como las acciones o movimientos del universo ordenándose en la mente de Dios; y, finalmente, la ley natural no sería otra cosa sino una participación de la razón en el orden querido por Dios.

Bajo el concepto de ley natural en la Edad Media se respetaron las libertades individuales. Una expresión de estas libertades individuales se encuentra en la ya estudiada Carta Magna del rey Juan sin Tierra. Tanto en el pueblo ateniense como en el sistema medieval

²⁰⁰ Black's Law Dictionary, p. 149

las libertades individuales se consideraban en el contexto de la categoría social de cada individuo, esto quiere decir que tanto en la época Helénica como en la Medieval los hombres poseían sus derechos en función de su estado social, y estaban en relación con su rango.

Uno de los primeros pensadores modernos que extendió la libertad individual, específicamente la de pensamiento, a todos los hombres fue el filósofo Inglés John Locke, que nace en 1632, y escribe alrededor de 1689, (época del "Bill of Rights" Inglés) "una carta de tolerancia" que extendía la libertad del pensamiento a todos los hombres.

c) SURGIMIENTO ACTUAL DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.

El pensamiento filosófico de Locke viene precedido formalmente de una extensión de los derechos, en épocas anteriores a la del filósofo Inglés, pero contemporáneas, como hemos visto, con Edward Coke, alrededor de 1730: extiende los beneficios de la Carta Magna de Juan sin Tierra, al mundo Burgués.

Fue el "common law" Inglés el que extendió las libertades individuales a una nueva clase social, y por consecuencia acercó dicho concepto de libertades a todos los hombres.

Podríamos preguntarnos ¿por qué el common law del sistema angloamericano extiende el concepto de libertades individuales a todos los hombres?. Me atrevería a responder que las decisiones judiciales fueron extendiéndose a todos los hombres en la medida en

que triunfó en toda Inglaterra y luego en Estados Unidos el concepto del "common law", es decir la tesis de que no puede disponerse de ningún derecho ni de la libertad ni de la vida sino escuchando al propio perjudicado. En otras palabras el "common law" dio surgimiento a la cláusula del debido proceso del juicio, y esto hace extender los derechos y libertades a todos los hombres.

No negamos el valor de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Francesa de 1789, pero nos atrevemos a sostener como lo había dicho Montesquieu que ésta declaración esta precedida en el Derecho Inglés.

Con mayor razón las libertades individuales tuvieron una extensión en la República, que surge a finales del siglo XVIII, es decir en el surgimiento del Estado Norteamericano, por que al adoptar las colonias norteamericanas la formula del federalismo que implicaba el respeto de la producción del Derecho del "common law" de cada uno de los Estados, la declaración de las Libertades individuales se extendía a las minorías, es decir a lo que los constitucionalistas norteamericanos llaman derechos civiles.

d) PROCESO POLÍTICO

Sólo el "common law" norteamericano ha incidido en el estudio de la política como ambientación real de las sociedades modernas. El continente europeo y por consecuencia la familia Romano Germánica, en lugar de la política analizan el concepto de soberanía y con esto se colocan en un plano distinto.

Si hemos de estudiar las libertades individuales y su desarrollo como categorías específicas del derecho norteamericano tenemos que atender que los politólogos norteamericanos parten del principio de una política que pueda tener alcances de una crudeza única.

En otros términos el "common law" norteamericano ha dado la oportunidad de estudiar que, la conducta humana expresada políticamente tiende, desgraciadamente a una destrucción de las libertades de los demás y por esa razón siempre habrá peligro de que si no se ejercita una democracia económica en un pueblo, surjan uno o varios individuos que atenten naturalmente a las libertades de los demás.

El "common law" norteamericano ha descrito cinco puntos fundamentales en la política; en primer término la ve como un proceso nunca acabado; la extiende en cuanto a su actuación a toda clase de hombres; la analiza en cuanto a sus propósitos o fines y la ve como una actuación que acude a toda clase de instrumentos para lograr o alcanzar el poder, desarrollando por último la política como un arte y una ciencia, siguiendo en esto desde luego la tesis de Maquiavelo.²⁰¹

En primer término la política es un proceso. Esta afirmación es de Gross del Instituto Rockefeller,- y ciertamente un descubrimiento sensacional: la política es una actividad muy difícil de captar y que acude a toda clase de subterfugios para alcanzar su objetivo, solo analizándolo y entendiéndolo como un proceso continuo, captado en el concepto de devenir de Héraclito puede profundizarse. Seríamos ingenuos si creyéramos que las libertades individuales pueden

²⁰¹ V. Enciclopedia de Ciencias Sociales, Tomo 8. Pág. 507 a 513. Art. De Bertram. M. Gross.

protegerse con una simple Declaración de los Derechos del Hombre. Es necesario, fundamentalmente, buscar el método de defensa de estos derechos frente a la actividad inacabada de los políticos. Desde el momento en que el "common law" ha visto en la política un proceso continuo de acontecimientos nos ha dado la clave para entender que este proceso se encuentra no solamente en los procesos electorales, sino también en las planificaciones y en todos y cada una de los diversos grupos en donde suele unirse la raza humana.

Desde el punto de vista de los actores podríamos decir que la actitud política y por consecuencia, la posibilidad de un ataque a las libertades individuales puede venir de cualquier grupo de hombres, nadie escapa a ella. Desgraciadamente los hombres buscan siempre el poderío político en una forma continua; ignorar esta posible actitud de todos los grupos humanos es desconocer un elemento fundamental para la defensa de las libertades individuales.

Los propósitos que buscan los actores de la política han sido analizados por el "common law" como "una lucha por el poder", o como una realización, tanto individual como de grupo a efecto de obtener cuotas de poder. El poder es un instrumento para la satisfacción de los intereses individuales y no hay vacuna que inmunice los anhelos de autorespeto, autoestima y estimación de los demás.

En cuanto a los métodos que utiliza el poder para alcanzar sus objetivos estos son de la más diversa índole. Principian sus manifestaciones por ser persuasivas: la propaganda es una forma de persuasión que da las bases para una acción, pero si los métodos de persuasión no se pueden alcanzar se acuden a las presiones que

adoptan las formas de chantaje hasta las formas más graves de crímenes y desapariciones. Por esa razón se puede ver en la política un arte y una ciencia.

e) MÉTODOS DE DEFENSA

Los métodos de defensa de los derechos del hombre no se agotan en una declaración legislativa, por esa razón puede decirse que la práctica de defender estos derechos y libertades mediante resoluciones judiciales fue el único método o el más adecuado para la defensa de las libertades individuales.

En la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, nos encontramos que todas ellas no se agotan en una simple enumeración sino que estando inmersas en un "common law" inglés y norteamericano suponen la defensa mediante una declaración judicial. El artículo 2, considera a los gobernantes como fiduciarios y mandatarios del pueblo, usa la expresión "trustees and servants"; en consecuencia supone la existencia de una jurisdicción de "common law" y "equity" para la defensa de los derechos.

Si de la referencia a la Constitución de Virginia pasáramos a analizar las diez primeras enmiendas de la Constitución Norteamericana nos encontraríamos, con que las libertades de religión, pensamiento y asociación quedan protegidas por el artículo uno. Los artículos dos y tres consagran la libertad de poseer armas y de respetar el hogar frente a las armas.

El artículo cuarto prohíbe pesquisas y detenciones arbitrarias. El cinco, después de prohibir la existencia de un doble juicio por el mismo delito prohíbe la declaración contra si mismo en un juicio criminal y la protección de la vida, la libertad y propiedad exigiendo el debido proceso del "common law".

Los artículos seis y siete consagran libertades en un proceso criminal, determinando que los juicios criminales más importantes se ventilen sólo ante un jurado y respetando el sistema del "common law". Unen el derecho civil y criminal tanto en el aspecto procesal como el sustantivo.²⁰²

f) CLASIFICACIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.

Al decir de Mc. Closkey en un artículo publicado en la Enciclopedia de Ciencias Sociales intitulado "Libertades Individuales".
203

Las libertades Individuales podrían clasificarse en Derechos positivos y Derechos negativos. Los primeros son aquellos que clásicamente ha estimado la civilización occidental como libertades o Derechos Humanos, porque se entienden que son derechos frente al gobierno y Mc. Closkey , además los subclasifica en tres grupos: Derechos políticos relativos al sufragio electoral, a la expresión política y derecho a la reunión y organización; derechos de protección económica, que hace referencia a la posesión, propiedad y empleo,

²⁰² V. Constitución de Estados Unidos de América. Op. cit. pág. 27-29.

²⁰³ Enciclopedia de Ciencias Sociales, D. Constitucional (epígrafe Libertades Individuales) T. III. págs. 546 549.

comercio y contratación y, tercero, derechos cuyo contenido se refiere a la vida, libertad, a la creencia, a la investigación e intimidad. Mc. Closkey escribió alrededor de los años sesenta y por consecuencia, se encuentra inmerso en la teoría Keynesiana, acercando el Occidente a una planeación global.

Por esa razón a más de los derechos negativos ya mencionados considera que existen derechos positivos. Se refieren a ingresos adecuados, a la educación, sanidad y vivienda.

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos estos Derechos positivos constituirían lo que se llama la Seguridad Social y ordinariamente los partidos políticos en ambos países oscilan entre un conservadurismo y un liberalismo. Los primeros, quieren la menor intervención posible en la seguridad social en tanto que los segundos, desean que la seguridad social quede en manos de la empresa privada.

El "common law", como hemos visto ha triunfado en los llamados derechos o libertades negativas, puesto que ha logrado un sufragio, una organización y petición frente al gobierno, una libertad de operación o de trabajo y una libertad en el sustrato íntimo de la persona humana en su vida, creencias e intimidad.

Si el "common law" va a lograr que a través de la empresa privada se satisfaga la seguridad social, esto será cuestión de que el tiempo lo compruebe y posiblemente lo dirá antes de que termine este milenio.

XII.-LA CLÁUSULA DE PROTECCIÓN IGUALITARIA DEL DERECHO (EQUAL PROTECTION OF THE LAW).

Al igual que la cláusula del debido proceso aplicable a los Estados se encuentra expuesta en la enmienda decimocuarta y fue aprobada al término de la guerra de secesión. Literalmente la sección uno, de la enmienda XIV dice: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún estado hará o pondrá en vigor ley alguna que restrinja los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará ningún Estado a nadie, de la vida, libertad, o propiedad sin el debido procedimiento legal, ni negará a nadie en su jurisdicción la igual protección de las leyes"²⁰⁴, a esta última nos referiremos en este párrafo, su objeto es prevenir discriminación en contra de los recién liberados esclavos, pues como hemos dicho la esclavitud había sido abolida. La cláusula ha sido interpretada por la Suprema Corte de justicia con un desarrollo lento pero seguro. En el pasado los Estados habían calificado a la gente con base en las diferencias raciales de edad, sexo, raza y otras características físicas.

Las resoluciones de la corte interpretan que las clasificaciones irracionales no tienen por que mantenerse y esto no significa que no exista un trato diferente si la distinciones se fundan en un criterio objetivo y racional. Así es obvio que en algunas universidades solamente los estudiantes avanzados tienen derecho a ingresar a los altos estudios.

²⁰⁴ El Federalista, edit. Fondo de Cultura Económica, 3era. reimpresión, p. 397.

Calvy y Coleman²⁰⁵ dicen que en el curso de los años las corte ha determinado que una distinción no fundada en un criterio razonable debe ser contraria a la enmienda décimo cuarta y ha creado el criterio de lo que se denomina clasificaciones sospechosas (suspect classifications) conforme a la cual se presume inconstitucional cualquier clasificación que se funde en las diferencias de raza.

En un principio el criterio de la Corte es que las razas son distintas y separadas. Fue sólo en el siglo XX, cuando la Corte ha reconocido que la separación escolar es contraria al principio de igualdad.

Las distinciones relativas al ejercicio de las profesiones y a las exigencias de requisitos para ejercerlas no se considera que violen el principio de igualdad pues las asociaciones de profesionistas en cada Estado pueden colocar exigencias que no se consideraran contrarias a la igualdad si son racionales. En este sentido recuérdese que en el Derecho Inglés, Coke emitió "writ" para proteger a los particulares en contra de las decisiones que sean contrarias a la razón.

Black en su Law Dictionary²⁰⁶ dice que la garantía de la protección igual del derecho significa que a ninguna persona o grupo de ellas se le puede denegar la protección del derecho si ésta se entrega a otras personas u otras clases en circunstancias semejantes en su vida, libertad o propiedad en el deseo de alcanzar la felicidad.²⁰⁷ El Principio de la protección igual de las leyes se extiende a todas las

²⁰⁵ Calvy and Coleman op. cit. p. 144-145

²⁰⁶ Black's Law Dictionary op. cit. p. 481-

²⁰⁷ Black cita la decisión de People v. Jacobs 27 Val. App. ddd. 246-103

personas que se encuentren en su jurisdicción lo que significa que las cortes están abiertas para todos en las mismas condiciones y con las mismas reglas de evidencia y formas de procedimiento para sus personas y propiedades y para el deseo de alcanzar la felicidad, sin embargo se dice y con razón que la protección igualitaria respecto de la clasificación de impuestos no significa identidad de trato pues en este caso las leyes fiscales señalan diferencias y estas distinciones tienen el objetivo que se busca en cada ramo fiscal. Las diferencias de trato no son contrarias al texto constitucional sólo que dichas diferencias fuesen totalmente arbitrarias²⁰⁸ se cita la resolución de *Walters v. City of St. Louis, Mo*, 347 U. S. 231, 74 S. Ct 505, 509, 98 L. ed. 660.

XIII.-LAS JURISDICCIONES, FEDERAL, ESTATAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

De la existencia de dos jurisdicciones de los Estados Unidos se desprende que el "common law" va a hacer surgir dos grandes problemas, a saber, el conflicto interregional que resulta de la doble ciudadanía de los residentes y ciudadanos de los Estados Unidos y la aplicación internacional que resulta de la practicidad de los tratados. Hemos visto que conforme a la enmienda décimo cuarta, sección I "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen", en consecuencia había que preguntarse que "common law" se aplica cuando surge un conflicto entre ciudadanos de diversos Estados.

²⁰⁸ Black 's. op. cit. p. 482

Por otro lado conforme a los artículos II y VI se desprende que en el Presidente reside el poder ejecutivo y tiene de acuerdo con la sección segunda del artículo la facultad de hacer tratados internacionales:

“Tendrá facultad por y con la consulta del Senado para hacer tratados, siempre que convengan los dos tercios de los senadores presentes.....”. y conforme al artículo VI párrafo segundo de la mencionada Constitución se dice: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y los tratados hechos y por hacer bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la Ley Suprema del País y los jueces de cada Estado estarán sujetos a ella no obstante cualquiera disposición en contrario que contenga la constitución o las Leyes de cualquier Estado.”²⁰⁹

La tradición occidental hace surgir este derecho de lo que las Institutas de Justiniano denominan “Derecho de gentes”: “*Ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes hominis constituit*”. El derecho de gentes es aquel que la razón humana constituyó entre todos los hombres. De este modo las relaciones de las dos jurisdicciones en los Estados Unidos, la jurisdicción federal y la local, en estricto sentido histórico podría llamarse derecho de gentes, los juristas norteamericanos suelen llamarle Derecho conflictual. La denominación en Inglés sería “*conflict of law*” y puede traducirse Derecho conflictual, o conflicto de leyes, y aún cuando esta última expresión no sería muy correcta puesto que la palabra “*law*” no se traduce como leyes;

²⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Trad, Hugo Camín, Congreso de la Unión

algunos autores denominan a este conflicto como entre dos jurisdicciones, conflicto interregional.

El derecho que la familia Romano Germánica denomina internacional público surge en España a propósito de las enseñanzas de Francisco de Vitoria en 1535 y 1537, cuando se dictaron las conferencias "De indii " "De Luri Belli".²¹⁰ Conforme a las enseñanzas del profesor de Salamanca las relaciones entre las naciones podrían ser definidas con el mismo texto de Justiniano cambiando las palabras "hominis por gentes", y así resulta que el Derecho Internacional (público) es el que se constituyó por la razón humana entre los diversos grupos de gentes.

Veamos el alcance de estas dos instituciones en el Derecho Norteamericano.

a) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO O CONFLICTO DE LEYES.

Plantea tres problemas. En primer lugar cual es la jurisdicción (which is the jurisdiction). En segundo lugar que "common law" o conjunto de decisiones judiciales han de aplicarse y en tercer término, que alcance tiene o reconocimiento en las otras jurisdicciones estatales. En otros términos este triple problema al decir de Juenger en la llamada Introduction to the law²¹¹ respondería a tres preguntas, siendo la primera, si la corte tomaría el caso; la segunda supuesto que lo hubiese admitido qué "common law" aplicaría, y la tercera si podrían reconocerse las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones. El

²¹⁰ Francisco de Vitoria, Obras Completas, Madrid, MCMLX

²¹¹ Clark op. cit. p.411

Derecho Internacional privado en Estados Unidos ha sido ampliamente desarrollado a través de las decisiones judiciales y en función de que cada estado tiene su "common law", pues hemos dicho que el "common law" es estatal, el planteamiento puede hacerse en un plano interregional de la Federación o en un plano internacional propiamente dicho. Las decisiones de los Estados Unidos son similares en ambos planos interestatal e internacional.

En primer lugar es necesario elegir el foro. Es obvio que el problema relativo a la aplicación del "common law" entre ciudadanos de diversos estados debe regirse conforme al artículo III, sección segunda de la constitución de los Estados Unidos. El mencionado artículo señala después de indicar que el poder Judicial residirá en la corte y los tribunales inferiores que el congreso disponga. "El poder judicial conocerá de todas las causas de derecho y equidad que emanen de la constitución de leyes de los Estados Unidos y tratados hechos bajo su autoridad, de las causas concernientes de otros ministros y cónsules, a las causas de almirantazgo, a las controversias en que los Estados Unidos sean partes, las controversias entre dos o más estados, entre ciudadanos de diferentes estados, y entre ciudadanos del mismo estado que reclamen tierras concedidas por diversos estados y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros

En consecuencia los casos más frecuentes de internacional privado o conflicto del derecho se aplicará fundamentalmente a los problemas que surjan entre ciudadanos de diferentes estados.

Las reglas que se desprendían del “Corpus Iuris” de Justiniano serían dos; En primer lugar debe aplicarse el “common law” de la persona en donde se encuentra domiciliado (actor sequitur forum rei. Segundo, la regla fundamental es que han de aplicarse el “common law” del lugar de donde se efectúa la disputa. La primera se podría llamar, “ratione personae” y la segunda “ratione materiae”.

Históricamente las decisiones judiciales se han inclinado por la aplicación del “common law” en el lugar en donde se realizó la disputa. Al respecto Friederick K. Jauenger²¹², menciona el caso de (Pennoyer v. Neff 95-us 714(1878)). En donde se indica que salvo algunas excepciones (de materia de divorcio y otros temas estatales o cuando la jurisdicción surge de un consentimiento) cualquier ejercicio de jurisdicción sobre los no residentes debe aplicar el del actor en el foro estatal en cumplimiento del imperativo de la enmienda décimo cuarta, que contiene la cláusula del debido proceso del “common law”. En otras palabras la enmienda décimo cuarta como hemos visto señala en la parte final de su sección primera que “ningún estado privará a nadie de la vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento del common law...” en consecuencia es el foro estatal del lugar en donde acaecen los hechos, salvo con las excepciones formuladas, el que debe aplicarse.

Esta regla no fue superada en el curso de las decisiones de la corte.

²¹² Friederick, K. Jauenger, Introduction to the Law of United States, op. cit. p. 412

b) LAS DECISIONES Q UE SE DERIVAN DE LOS TEXTOS LEGALES Y LAS QUE SURGEN DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Fundamentalmente se plantea el problema relativo a si el Derecho Federal puede colocarse como una jurisdicción superior al derecho de los Estados.

Conforme a los textos legales y específicamente la enmienda décima que dice: "los poderes no delegados a los Estados Unidos por la constitución ni negados, por ella a los Estados, están reservados a los Estados, respectivamente o al pueblo".²¹³

Desde el punto de vista puramente legal la Constitución Federal se limita a las materias en las que el congreso de los Estados Unidos tiene competencia. Estas materias como hemos visto se desprenden de la sección VIII, del artículo I, y podrían catalogarse y así se han hecho en algunas ediciones hasta en dieciocho párrafos, las cuales se pueden resumir en las siguientes:

- 1.-El poder de imponer impuestos y hacer gastos.
- 2.-Poderes Financieros y monetarios.
- 3.-El Poder de Guerra.
- 4.-Pesos y Medidas.
- 5.-Quiebras
- 6.-Correos y Caminos de posta.

²¹³ La Constitución de los Estados Unidos de América, Servicio de Información de los Estados Unidos,p.30

7.-Patentes y Derechos de Autor.

8.-Tratados.

También hemos visto que el gobierno federal a consecuencia de las cláusulas implícitas tienen otras facultades que son resultado de la aplicación de las anteriores y que en resumen podrían considerarse, como facultades implícitas:

1o. La de regular la agricultura en función de los poderes que tiene el Congreso de hacer gastos y mirar por el bienestar de los Estados Unidos.

2do.- Regular las relaciones laborales en función de la obligación que tiene el congreso de regular el comercio internacional y el interestatal y en atención de conservar la libre competencia.

3ro.- El poder de dominio eminente para la realización de los programas del gobierno federal.

4to. El poder de vigilar la salud general pues aún cuando hemos visto la regulación de la salud pertenece a los estados, desde el momento en que afecta a otros u otros estados se convierte en materia federal, conjuntamente aplicada con los poderes locales.

Por eso podemos concluir que las relaciones entre diversas jurisdicciones local y federal, a más de seguir las reglas de los poderes que se derivan del texto legal y de los que implícitamente ha encontrado la jurisprudencia; existirá una esfera residual a favor de los Estados. La competencia residual de los Estados se fundaría en el principio de que los el Estados tienen el "common law" original, y

mientras no exista una preeminencia federal lógicamente tienen competencia en las materias para el buen logro de un gobierno y bienestar de todos los Estados Unidos. En otros términos fuera de la preeminencia federal expresamente establecida en los textos legales en todas las materias federales los Estados pueden intervenir con una competencia residual. Por esa razón los autores franceses y específicamente me refiero a Andrea Tunc y Susanne Tunc²¹⁴ y en seguida René David ²¹⁵se plantean el problema de si existe o no un “common law” general federal. Los autores Franceses citan en primer lugar una resolución dictada en el caso de *Swift v Tyson* 1842, en donde Mr. Justice Story, resolvió que existió una “consideration”, recuérdese que “consideration” significa la causa o contraprestación de las prestaciones, según el “general common law”, que podríamos traducir Derecho Común Federal. El problema de la decisión judicial había consistido en saber si habiendo circulado, una letra de cambio “for value” podían o no oponerse las excepciones personales, es decir si existía o no una causa en los títulos emitidos por el simple valor y se resolvió que según el common law general es decir según las decisiones de otros Estados sí existía una causa. La decisión sería un ejemplo de resolución judicial que podría ser superada con una reflexión más profunda, es decir con una nueva decisión judicial, y fue sólo hasta un siglo después en 1938, cuando según nos dicen Andrea Susanne Tunc ²¹⁶se elaboró la resolución de *Erie Railroad Cia. v Thompkins*.

²¹⁴ Andrea Tunc Susanne Tunc, *Derecho de los Estados Unidos*, imprenta universitaria, UNAM 1er. edición. México 1957

²¹⁵ René David, *op. cit.* p. 323 325

²¹⁶ Andrea Susanne Tunc, *op. cit.* p. 163

En este caso se dice que Thompkins andaba por una alero de la vía de ferrocarril, y siendo ciudadano del Estado de Pennsylvania y el ferrocarril una compañía del Estado de Nueva York y habiendo sido herido por el ferrocarril, Thompkins ejercitó una acción de daños ante el tribunal federal del Distrito Sur del Estado de Pennsylvania y había obtenido éxito la compañía Erie Railroad, se dirigió a la corte mediante un writ of certiorary haciendo valer que de acuerdo con la jurisprudencia del tribunal superior de Pennsylvania Turpkins no tenía derecho a la indemnización puesto que debía de ser considerado como violador de la propiedad (trespasser) e indicó que aún cuando la "Judiciare Act", de 1789 obliga al juez a aplicar the "law of Pennsylvania", tal expresión debe interpretarse que se refiere a las leyes escritas "Act or statute" pero no existiendo leyes a este respecto en Pennsylvania el juez debe aplicar el "common law" es decir las decisiones judiciales y por "common law" no debe entenderse un supuesto "common law" general, sino exactamente la jurisprudencia del Estado de Pennsylvania. La resolución del juez Brandies indicaba que "excepto en las materias regidas por la Constitución Federal o las leyes del Congreso el derecho aplicable en todos los casos es el derecho de un Estado particular. No debe importar a las autoridades federales que el derecho de este estado haya sido formulando por su parlamento en una ley escrita o por su tribunal superior en una sentencia. No existe un "common law" federal "There is no a federal general common law" lo que significa que no existe una "common law" general elaborado por la federación, el "common law" aplicable es el "common law" particular de cada Estado. En otros términos el principio del Desarrollo del Derecho Internacional Privado en E.U. ha requerido de muchos años pero ha desembocado en una idea específica, tal

como se señaló en el párrafo anterior, el "common law" aplicable es el de cada Estado pues de otra suerte se violaría la cláusula que ordena juzgar conforme al debido proceso de Derecho.

LIBRO SEGUNDO

CUARTA PARTE

LAS FUENTES DEL DERECHO. NORTEAMERICANO

Sumario: I.- La Decisión Judicial; II.- Organización Judicial Federal; III.- Jurisdicciones Locales; IV.- Selección de Jueces Locales.

Como hemos visto la ignorancia de los colonos en la costa oriental de los actuales Estados Unidos les condujo, como dice Roscoe Pound, al Sistema Jurídico del "Common Law". También hemos señalado que los Estado Unidos reproducen con mayor fuerza las categorías elaboradas por el Derecho Inglés; en consecuencia las fuentes del Derecho norteamericano han de ser por una parte la decisión judicial que constituye su sistema de precedentes y, por la otra la ley o "act", que acrecienta su importancia especialmente en la Segunda Guerra Mundial y se desarrolla con las comisiones administrativas.

Curiosamente las disposiciones legales, por lo menos en lo que se refiere al aspecto económico, disminuyen su importancia en la medida en que se practica y elabora con mayor fuerza un sistema de empresa que constituye la base de su organización económica.

como se señalo en el párrafo anterior, el "common law" aplicable es el de cada Estado pues de otra suerte se violaría la cláusula que ordena juzgar conforme al debido proceso de Derecho.

LIBRO SEGUNDO

CUARTA PARTE

LAS FUENTES DEL DERECHO. NORTEAMERICANO

Sumario: I.- La Decisión Judicial; II.- Organización Judicial Federal; III.- Jurisdicciones Locales; IV.- Selección de Jueces Locales.

Como hemos visto la ignorancia de los colonos en la costa oriental de los actuales Estados Unidos les condujo, como dice Roscoe Pound, al Sistema Jurídico del "Common Law". También hemos señalado que los Estado Unidos reproducen con mayor fuerza las categorías elaboradas por el Derecho Inglés; en consecuencia las fuentes del Derecho norteamericano han de ser por una parte la decisión judicial que constituye su sistema de precedentes y, por la otra la ley o "act", que acrecienta su importancia especialmente en la Segunda Guerra Mundial y se desarrolla con las comisiones administrativas.

Curiosamente las disposiciones legales, por lo menos en lo que se refiere al aspecto económico, disminuyen su importancia en la medida en que se practica y elabora con mayor fuerza un sistema de empresa que constituye la base de su organización económica.

I.- LA DECISIÓN JUDICIAL.

Los Estados Unidos tienen una doble organización judicial. Por una parte se encuentran los organismos judiciales de carácter federal y por la otra en los cincuenta y un estados, tienen otras tantas organizaciones judiciales locales.

La organización local federal se desprende del artículo III, de la Constitución Federal que en su fracción primera señala: "Se depositara el Poder Judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo, y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo, los jueces tanto del tribunal supremo como de los inferiores continuaran en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos una remuneración a sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo".²¹⁷.

También hemos señalado que la sección segunda del propio artículo, tercero indica cual es la competencia, en orden de materia de los tribunales federales, y, en principio, señala que el tribunal federal conocerá de "todas las controversias, tanto de "Common Law" como de "Equity" que surgen como consecuencia de la Constitución de las leyes de los Estados Unidos o de los tratados celebrados o que se celebren bajo autoridad; de las controversias que se relacionen entre embajadores u otros ministros públicos, las que surjan por jurisdicción de almirantazgo y marítima; de aquellas en que sean parte los Estados Unidos, y de las controversias entre dos o más estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro. Entre ciudadanos de estados

²¹⁷ Tomado de la Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de Nortamérica. op. cit. artículo tres. Primera sección. Pág. 21.

diferentes, y entre ciudadanos de un estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de otro estado, o entre un estado y estados ciudadanos, o súbditos extranjeros". Finalmente para completar la información debe anotarse que sólo en el caso de embajadores y ministros, tendrán jurisdicción en única instancia, en todos los demás casos conocerá en apelación.

II.- ORGANIZACIÓN JUDICIAL FEDERAL.

Radica en una primera instancia en tribunales que se llaman Cortes de Distrito (district court); son itinerantes y su competencia esta delimitada por un distrito, por esa razón suelen llamárseles cortes distritales o juzgados de distrito.

Cada Estado comprende uno o más distritos judiciales y en cada Distrito existe una Corte. Generalmente se les define como las cortes de Proceso con jurisdicción federal. Algunos Estados tienen varios distritos (norte, sur, o distrito medio). En el Distrito de Colombia o sea en la capital, existe una Corte de Distrito. En Puerto Rico y en otras Islas asociadas la Corte de Distrito no sólo se conoce de las materias federales sino de las locales.

La segunda instancia se ventila ante las cortes de apelación que están distribuidas en doce circuitos, y por eso también suelen denominárseles cortes de circuito.

Finalmente, podría haber una tercera instancia ante la Suprema Corte de Justicia compuesta de un jefe, ("chief justice" y ocho asociados, "associated justices") a ella se llega mediante un "writ of

certiorari", que es definida como una "orden dirigida a una corte de apelación y que se usa cuando la corte tiene discreción para desahogar o no la apelación. Si el Writ es denegado, la corte rehusará oír la apelación, y si es admitido conocerá el fondo del asunto. Certiorari viene del latín y significa ser informado" ²¹⁸

III.- JURISDICCIONES LOCALES.

Cada Estado tiene su propia organización judicial y puede decirse que no existe una regla común para todos ellos pues incluso las denominaciones de los organismos judiciales varían confundiéndose si se comparan. Sin embargo en términos generales puede mencionarse que existe una primera instancia en una corte de proceso, (Trial Court). Una segunda instancia en una corte de apelación (Court of Appeal) y finalmente una tercera instancia para asuntos de importancia general que muchas veces suele llamarse Suprema Corte de Justicia del Estado, pero como dice René David, en ocasiones cambia el nombre y se le pone corte de casación, corte de errores, etc.

Tomemos como ejemplo la estructura de los tribunales de California y la estructura de los tribunales del estado de Nueva York.

En California existe un Tribunal Superior, y dependiendo de él existen tribunales municipales y tribunales de justicia; el tribunal superior conoce de asuntos de daños y perjuicios contra actos o propiedades de veinticinco mil Dólares en adelante, en tanto que el

²¹⁸ Blak's Law Dictionary. p.1443

tribunal municipal y de justicia conocerán de asuntos inferiores a tal suma. Existe además un tribunal de apelación en seis distritos en donde se ventila una jurisdicción obligatoria en casos civiles y penales no vinculada con la pena capital, asuntos administrativos o los vinculados con la juventud, en casos administrativos tendría jurisdicción discrecional y finalmente existe un tribunal de última instancia con siete magistrados.

La organización judicial del Estado de Nueva York denomina a los tribunales ordinarios como Supreme Court; puede ventilarse una apelación en la "apellate división" de cada una de esas cortes y puede recurrirse finalmente a la Corte de Apelación ubicada en la capital del Estado, Albany.

Generalmente tanto en las jurisdicciones federales como en las locales existe una corte de reclamaciones, en donde se ventilan demandas de daños y perjuicios en contra del Estado y, en las jurisdicciones locales, existen cortes especializadas en delincuencia juvenil y problemas relativos a la familia "family courts". Por supuesto que subsisten otros tribunales menores, generalmente llamados cortes de condado, (country courts), o cortes inferiores, (justice of peace court).

Las cortes de reclamación de daños y algunas cortes que ventilan en materia federal asuntos relativos a la administración suelen llamarse "legislative courts", denominación que sería confusa desde el punto de vista de la constitucionalidad de occidente. El fundamento de estas cortes se encuentra en la sección uno del artículo tres de la Constitución de los Estados Unidos en materia federal, pues se

autoriza al Congreso a crear los organismos judiciales que sean necesarios.

Tres temas deben ser ventilados para entender en forma más completa la organización judicial de los Estados Unidos, el primero sería la selección judicial, tanto en materia federal como en materia estatal, el segundo el problema relativo a la remoción de los jueces y el tercero el problema relativo a la abogacía en los Estados Unidos, (legal profesión).

La selección judicial. Al hablar de la división de poderes indicamos que los constitucionalistas norteamericanos, fundamentalmente distinguen los poderes por la forma de elección de sus funcionarios. Entonces dijimos que mientras el poder legislativo se elige territorialmente, los miembros del ejecutivo se eligen universalmente, y finalmente los del judicial, son designados. Esta última afirmación es válida en la selección del poder judicial federal, pues conforme a la sección segunda párrafo dos del artículo dos de la Constitución, el ejecutivo esta facultado para nombrar los magistrados del tribunal supremo con el consejo y consentimiento del Senado.²¹⁹ Específicamente se indica en la propia exposición que. "...El congreso podrá atribuir el nombramiento de los tribunales inferiores que considere convenientes por medio de una ley al presidente, sólo a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos".

La facultad de designar a los ministros de la corte con la aprobación del Senado se ha ejercido históricamente con el objeto de

²¹⁹ V. Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, op. cit. 17.

inclinarse el organismo superior judicial con la formación de un criterio liberal o conservador según la política que pretende ejercitar el ejecutivo. Generalmente el ejecutivo designa al candidato dentro de los miembros de la American Bar Association (ABA); el ejecutivo analiza a los candidatos por conducto de la "Federal Bureau of Investigation" (FBI) que los evalúa como "excepcionalmente bien calificados", "bien calificados" "calificado" o "no calificados". El senado tiene un comité judicial que escuchará los candidatos, y confirma o rechaza.

La selección de los miembros que ocupa las cortes de apelación es menos formal pero si es costumbre solicitar la opinión senatorial. Generalmente se invocan dos razones, para no ser tan exigentes, siendo la primera que los circuitos judiciales abarcan varios Estados y el Presidente necesitaría la opinión de varios senadores; la segunda razón para no ser tan formales se encuentra en que de todas suertes es más importante la decisión de los jueces distritales, porque estos efectivamente están más localizados territorialmente, y puede, en consecuencia, escuchar la opinión local, de las asociaciones de abogados, tanto de la American Bar Asociación, como de la American Law School Association.

IV.- SELECCIÓN DE LOS JUECES LOCALES

El método cambia de acuerdo con las necesidades de cada Estado. En algunos casos se hace una selección de los candidatos que pueden presentar las asociaciones de abogados. Muchos estados tratan de alejar toda influencia política en esta selección. Un segundo

método que se usa aproximadamente en la mitad de los Estados es el de elegir a los jueces a través de un voto popular de los ciudadanos. Este método fue muy conocido en el período denominado de la democracia Jacksoniana, en el que los candidatos daban a conocer sus ideas sobre las decisiones que pudieran estar influidas políticamente.

El método de elección no siempre ha sido bien visto, pues se considera que debilita la independencia judicial; la elección no siempre es una garantía de la calidad de la persona electa y finalmente se coloca a los jueces en el ambiente de campaña para lograr los votos.

Un tercer método consiste en una selección similar a la que se formula para los jueces federales, los candidatos son nominados por el gobernador con el consentimiento del senado estatal o de la casa de representantes.

Los métodos siempre toman en cuenta la selección meritoria a través de las asociaciones de abogados.

Remoción de jueces.- Un principio es fundamental tanto en los jueces federales como en la práctica de los jueces locales, los jueces no pueden ser removidos y continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos una remuneración de sus labores que no será disminuida durante el tiempo de su encargo, es decir, que los jueces federales tienen consagrado por disposición constitucional, su permanencia y que sólo pueden ser removidos mediante un juicio de responsabilidad (impeachment) conforme el cual podrían ser acusados por una falta grave o ignominiosa o por parcialidad, tiranía u omisión.

La remoción de los jueces locales, al decir de Calvy y Coleman²²⁰ en cuarenta y cinco estados siguen el sistema de permanencia y remoción sólo por responsabilidad.

Algunos Estados siguen el método denominado dirección del legislativo, en donde el Congreso opina sobre la remoción, método que sería similar al de responsabilidad.

Un tercer método, sería el nombramiento renovado por períodos. Casi en todos los Estados se usa una disciplina judicial a través de una "Board Commission of Judicial Conduct".

La segunda fuente que alcanza importancia en el mundo contemporáneo es la Ley que como hemos dicho se denomina "act or statute".

Como hemos analizado en el sistema del "Common Law"; la ley tiene como función corregir o adicionar al propio "common law" y también, como hemos señalado los jueces y juristas norteamericanos exigen la necesidad de una resolución judicial para poder entender el alcance de la propia ley.

En la época actual, como veremos en un capítulo posterior las leyes tienen mayor importancia en función de las necesidades ecológicas y de protección al consumidor. Muchas veces la formación de una comisión administrativa viene precedida o es contemporánea a la ley aprobada por el Congreso.

²²⁰ Calvy and Coleman. op. cit. p.63

Como dicen Calvy y Coleman,²²¹ se considera que una fuente importante del derecho norteamericano es la ley natural, ésta a veces es denominada "Higher Law" en atención a distinguirla de leyes inferiores que son las hechas por los hombres. Puede apelarse a la Ley natural, argumento bajo el cual se acepta la desobediencia civil (Civil Disobedience) y a este respecto se ponen como ejemplo la desobediencia históricamente realizada primero por Ghandi y posteriormente y en el caso específico de Estados Unidos, Martín Luther King Jr.

En muchos casos ventilados ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se invoca la Ley Natural para fundamentar el Derecho.

²²¹ Calvy and Coleman, op. cit. p. 5

LIBRO SEGUNDO

QUINTA PARTE

COMISIONES ADMINISTRATIVAS.

Sumario: Introducción; I.- Code; II.- Investigación y Publicidad; III.- Franquicias y Licencias IV.- Inspección; V.- Decisiones Judiciales VI.- Legislación y Comisiones Administrativas, VII.- El Carácter Mixto de las Agencias Administrativas; VIII.- Historia de las Agencias; IX.- Razones de la Existencia de las Agencias; X.- Tipos de Control; XI.- Análisis Concreto de las Comisiones más Importantes; 1.- Comisión de Comercio Inter Estatal; a) Los Presupuestos de Comercio en el Derecho Angloamericano; 2.- Comisión de Comercio Federal, a) Procedimientos; 3.- Tercera Comisión Administrativa; Federal Reserve System; XII.- Las Organizaciones Financieras; XIII.- Objetivos de las Organizaciones Financieras; XIV.- Las Compañías de los Trusts, XV.- La Regulación de las Compañías de los seguros; XVI.- Regulación de la Emisión de Valores, XVII.- Los mercados de Valores y Mercancías.

El "administrative law" tiene en los Estados Unidos un contenido conceptual totalmente diverso al de derecho administrativo de la familia Romano Germánica.

Se entiende por Derecho Administrativo al conjunto de organismos que controlan por medio de una acción gubernativa la empresa de los particulares por eso puede decirse que se traduce en un control público de la empresa y quedó definido como toda decisión gubernativa que se propone, fomentar, guiar, limitar, restringir o

prohibir a individuos o grupos dedicados a empresas privadas con el fin de determinar la dirección del esfuerzo económico privado, tomado de "La Intervención Pública en la Empresa".²²²

Tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de control: Controles no formales y Controles formales, Controles por acto administrativo y Control por función administrativa.

Controles no Formales.- Se entienden por tales innumerables fuerzas que ejercen influencia en la actividad económica ya sean costumbres tradiciones, religión, opinión pública, regionalismo, etc. no deben dejar de ser tomadas en cuenta, puesto que influyen necesariamente e incluso, pueden ser inducidas a través de los medios de comunicación.

Los sistemas publicitarios analizan estos posibles controles no formales y apologetizan por ellos o los restringen y como dice Gable, en la obra antes citada, los controles no formales son altamente irracionales, puesto que una vez desatados no puede impedirse que tengan un alcance inusitado.²²³

Controles Formales.- Se denominan controles formales los que se ejercen a través de los organismos de Gobierno. Estos, en un estado liberal se limitan como hemos dicho a influir o determinar la dirección del esfuerzo económico privado. Los Estados Unidos nunca han dejado de hacerlo y su intervención puede clasificarse en seis grupos:

²²² Harold Koontz, Richard Gable, op. cit. Barcelona, 1971 p.61

²²³ Koontz-Gable, op. cit. pág. 62

I.- CODE

El primer método de control es lo que en Estado Unidos recibe el nombre de "Code" en esta hipótesis la actividad económica se regula a sí misma; es un acuerdo de caballeros, generalmente tomó la forma de normas éticas aprobada por un grupo de actores en la economía. La regulación solamente entrega un medio moral pero no existe una coerción física para forzar a los contendientes a dar cumplimiento a la palabra dada, en ocasiones estos códigos o acuerdos de grupo no toman en cuenta sino su propio interés; y en el mejor de los casos aun cuando acuerden con los representantes de los consumidores no siempre los intereses de estos últimos son tomados en cuenta.

II.- INVESTIGACION Y PUBLICIDAD.

Se supone en los Estados Unidos, al contrario de lo que acaece en México, el Poder Legislativo lleva una vida activa y como veremos al final de este capítulo desembocó con la creación de cuerpos legislativos a través de un Derecho Legislado. Como uno de los antecedentes de estas instituciones administrativas se encuentra la investigación que, generalmente realiza el Senado, puesto que en éste se encuentran representados la totalidad de los Estados. En otras palabras, cuando una empresa o un grupo de ellas obtenga un excesivo lucro por procedimientos contrarios al libre mercado, el poder legislativo investigará y publicará los resultados. Casi siempre la sola

publicación permite que la opinión pública exija a la empresa la rectificación correspondiente.

III.- FRANQUICIAS Y LICENCIAS

Históricamente es este un tercer método de control de la empresa, pues la franquicia consiste en la concesión por un gobierno de un privilegio a un individuo o corporación, privilegio que depende exclusivamente del Estado. La permisibilidad para la constitución de una corporación es una franquicia y a través de ella puede exigirse a las empresas el cumplimiento mínimo de una serie de requisitos. Por esa razón íntimamente vinculada con la franquicia se encuentra el permiso o licencia que fue definido como una "autorización para realizar actos que de otro modo serían contrarios a la legalidad".²²⁴ La serie de requisitos que se imponen tienen por objeto defender el interés público; pero surge una desventaja puesto que, autorizada la licencia o franquicia no hay sino una esporádica posibilidad de observar si continúa el cumplimiento de los requisitos, por esa razón se ha elaborado un cuarto sistema, o sea la inspección.

IV.- INSPECCIÓN.

Puede considerarse que este es uno de los caminos más antiguos que se hayan ideado para vigilar a las empresas. La inspección implica un examen y una evaluación y en ocasiones viene precedida de una licencia; sin embargo conocemos los defectos de

²²⁴ Koontz Gable, op. cit. pág. 14

este método puesto que exige un alud de personal, con la posibilidad de que desemboque en una corrupción.

V.- DECISIONES JUDICIALES.

Podría a través de una acción ejercitada por el gobierno central o los gobiernos locales lograrse una intervención pública en la empresa a través de las decisiones judiciales pero este es un método sumamente costoso, lento e imperito en las materias técnicas. El precio de la maquinaria judicial en cuanto a esfuerzos, es un método sumamente elevado y generalmente el tiempo que se exige para ventilar el juicio es destructivo. Ya no digamos que aun cuando los jueces sean peritos en el derecho, no lo son en materias técnicas y requieren de auxilios que producen una mayor lentitud. Por esta razón podemos decir que se ha desembocado en una creación y legislación de Comisiones Administrativas.

VI.- LEGISLACIÓN Y COMISIONES ADMINISTRATIVAS

Dado el avance y amplio desarrollo de la empresa en los Estados Unidos se pensó en el siglo pasado en la necesidad de que, cualquiera que fuera la supervisión, esta debe quedar en manos de peritos y expertos eficientes.

Por esa razón las medidas legislativas del Congreso crearon agencias o comisiones que de acuerdo con la especialidad de la materia tuviera los poderes suficientes para exigir a las empresas un

precio justo, una calidad razonable, una rapidez en el servicio y en una palabra, una eficiencia.

El Legislativo dictó leyes para crear esos cuerpos "the Board Commissions". Para proteger el interés público requieren tener un poder para reglamentar su desarrollo; una coercibilidad para exigir el cumplimiento de sus disposiciones y la posibilidad de que se prepare la solución de un posible conflicto entre empresas, entre consumidores y empresas y entre los Estados Unidos entendidos como Gobierno central y las propias empresas. Las Comisiones o agencias administrativas constituyen una función administrativa mientras que las otras medidas que hemos relatado son actos administrativos, aquí estamos en presencia de funciones. Se entiende por función la que realiza un instituto con sus propios medios y satisface su desarrollo en forma autónoma.

Se discutió si las agencias administrativas violaban o no el principio de división de poderes, si eran instituciones, "ultra vires". La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos nunca ha sostenido que las agencias sean anticonstitucionales, pues aun cuando parece que el congreso delega ciertos poderes, en realidad estos son concretos y buscan el bienestar general.

"Koontz y Gable", mencionan la interesantísima resolución de la suprema corte de justicia en United States, v. Grumaud 220 vs 1911: "La autoridad para hacer reglas administrativas no es una delegación del poder legislativo, ni tales reglas de carácter administrativo

adquieren carácter legislativo, pues la violación de las mismas se castiga como delito público”.²²⁵

Se requiere fundamentalmente que las comisiones administrativas tengan pericia y eficiencia. Los constitucionalistas norteamericanos invocan la teoría de la delegación para apologetizar por las propias comisiones.

Existe un principio de que un delegado no puede delegar “delegatus non potest delegare”. El Congreso se forma por delegados del pueblo y podría pensarse que habría una excesiva delegación en la creación de las comisiones, sin embargo resuelven que no se viola la teoría de la delegación por que los poderes que se entregan a la comisión son lo suficientemente concretos para pensar que hubiera una violación de la delegación.

Examinémoslos: el primer poder es el de realizar concretamente los detalles de la legislación a la luz del “common law”. La realización de los detalles de un derecho delegado sólo puede hacerse mediante decisiones judiciales, es decir, escuchando a los interesados, por lo tanto el poder denominado “rule- making”²²⁶, es tan concreto como los casos en que se presenta.

En segundo lugar el Congreso autoriza a los funcionarios de la agencia a hacer coercibles las reglas, emitidas por la propia agencia. Por ejemplo la “Federal Aviation Administration” da ciertas reglas para la seguridad de los viajes aéreos y estas deben ser obedecidas para bienestar del público.

²²⁵ Koontz and Gable, op. cit. p. 69

Por último, el poder de resolver los conflictos recibe el nombre de "administrative adjudication" por que si se violasen las reglas dadas, las empresas incurrían en responsabilidad y son sancionadas por la propia comisión, escuchando a los propios interesados.

De todo esto resultan dos consecuencias, siendo la primera que como tanto los poderes legislativos, como los ejecutivos y judiciales, de las comisiones, escuchan a los interesados y proveen sobre la posibilidad de aportar juicios periciales, las agencias han sido consideradas, como un "quasi judicial power", en segundo término las agencias administrativas son en realidad una aplicación de los principios de la Carta Magna después reproducidos en los "Bill of Rights", o sea una aplicación del principio de que nadie puede ser privado de su vida, libertad y de sus propiedades sino mediante un proceso que escuche a las partes.

Se considera en un país libre, como son los Estados Unidos que las empresas pertenecen a los particulares. No se ve cual pueda ser el fundamento para que las empresas pertenezcan al Estado.

En conclusión podemos afirmar que habiéndose creado comisiones en las que los funcionarios tienen las funciones de comisarios o vigilantes, la creación de una comisión administrativa va precedida o acompañada de una "ley" o "act". Por consecuencia las comisiones son creaciones del poder legislativo y como resuelven escuchando a los interesados puede decirse que no sólo realizan actos administrativos, sino una verdadera función administrativa,

²²⁶ Nota: "rule making" se podría traducir como poder, regla.

entendiéndose por tal aquella en que la institución por sí misma tienen los medios adecuados para resolver los problemas que se le plantean.

VII.- EL CARACTER MIXTO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS.

La regulación administrativa constituye un tinte de regulación mixta porque el objetivo de una agencia es hacer cumplir la ley según se encuentra regulada por la legislación y por esa razón actúa como cuerpo ejecutivo; pero tiene como función regular los últimos extremos a los que podría llegar una planeación, tienen por lo tanto funciones cuasi legislativas, más éstas incluso, se resuelven en forma de juicio por lo que la doctrina norteamericana considera a las agencias como un poder casi judicial, ("quasi judicial power"). Esto no significa que las agencias sean absolutas, de ninguna manera, sus resoluciones pueden ser apeladas; en la organización judicial de los Estados Unidos; la apelación si es federal se ventila ante la "Court of Appeal"; si fuese local se ventilaría ante las cortes de apelación de cada Estado.

IV.- HISTORIA DE LAS AGENCIAS.

Los autores sostienen que el origen de las comisiones administrativas se encuentra en un conflicto surgido entre yankees y sureños. Al triunfo de la guerra de Secesión los estados del norte tuvieron un amplísimo desarrollo técnico y llenaron a todos los Estados Unidos de comunicaciones ferroviarias. En 1883, los sureños se quejaron del servicio ferroviario y le inculparon de un desastre agrícola

que habían tenido, alegando que los servicios no les eran proporcionados en forma igualitaria. Se formó entonces la primera comisión que se denominó en inglés, "Interstate Commerce Commission", que podríamos traducir como Comisión de Comercio Interestatal. Conforme a ésta se establecerían las reglas para el funcionamiento correcto de los servicios y darían trato igual a los Estados del Sur. La ley fue dictada hasta 1887, y como veremos la Agencia administrativa es la que mayor experiencia ha tenido en el trato de estos asuntos administrativos.²²⁷ Extendió su campo a través de una interpretación amplísima de la Suprema Corte de Justicia, a diversas actividades como veremos más tarde. Esto produjo una amplia y variada jurisprudencia que entiende la palabra comercio no sólo en el estricto sentido de intercambio entre producción y consumo sino en el mayor, abarcando no sólo el intercambio sino las instalaciones del mismo. Principió por regular el sistema ferroviario terrestre, pero más tarde se extiende al sistema de transporte marítimo en las vías inter pluviales y lacustres. Un poco después la Corte interpreta la palabra comercio, abarcando no sólo el sistema ferroviario sino también las instalaciones del mismo incluyéndose después el sistema automotor y las carreteras federales. Se dijo entonces que la interpretación no podría ir más allá, de manera que tendría que buscarse un límite racional.

La segunda comisión es la comisión que regula la libre competencia y fue creada en 1914, bajo el nombre de "Federal Trade Commission". Será objeto de alguna reflexión en párrafos posteriores,

²²⁷ En la actualidad (1995) la agencia ha sido abolida y muchas de sus funciones fueron transferidas a la recientemente creada Surface Transportation Board, que pertenece a The Department of Transportation, acorde

y su desenvolvimiento ha sido muy importante pues está destinada a cuidar la libre competencia entre las empresas.

Ese mismo año se creó la "Federal Reserve Board", con poderes sobre la política bancaria central y la práctica de Banca Nacional.

Sobresalen así mismo la Comisión Federal de Energía "Federal Power Commission" creada antes de la segunda guerra mundial. La "Securities and Exchange Commission", que se vinculó con la "Federal Reserve System" en el aspecto financiero en 1930.

En 1934 se creó la "Federal Communication Commission" y al año siguiente la Junta Nacional de Relaciones Laborales, "National Labor Relations Boards" y otras muchas comisiones fueron creadas especialmente en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial.

El espíritu práctico de Norteamérica los conduce a crear y desplazar cuantas agencias sean necesarias para el desarrollo de su economía.

Me parece que la idea de que los Estados Unidos tienen un Mercado totalmente libre es válida para su comercio Exterior pero no para su comercio interior.

Dos puntos son fundamentales para el estudio de estas comisiones, en el primero nos preguntaremos ¿por qué han sido creadas?. En el segundo nos formularemos ¿de qué tipos de control ejercen?. Desde luego podemos responder que han sido creadas por la necesidad de resolver los problemas técnicos y de economía, sin

a lo que apunta The United States Government Manual, 1997/98, publicado por Office of the Federal Register National Archives and Records Administration, Washington, D. C., 1997.

que se agote primero un proceso judicial lento y costoso y en segundo lugar debemos hacer la observación de que los tipos de control son periféricos pero lo suficientemente profundos para hablar de un planeación racional de la economía.

IX.- RAZONES DE LA EXISTENCIA DE LAS AGENCIAS.

Tradicionalmente se mencionan tres, siendo la primera que a través de las comisiones puede realizarse una regulación administrativa que proteja los intereses del público, sin que exista una carga pesada de la intervención judicial. Esto no significa que si la resolución de la agencia administrativa fuese contraria a la razón y la técnica, no pueda apelarse ante las cortes.

La segunda razón se encuentra en la supervisión continua que realizan, pues hemos visto que ninguno de los actos administrativos satisface con amplitud esta regulación constante; por el contrario los actos administrativos son una regulación esporádica.

A través de las comisiones administrativas es posible observar el desarrollo de las empresas y hacer en la misma las observaciones conducentes.

Finalmente el último razonamiento de la creación de estas comisiones, se encuentra en que tanto los preparativos de su servicio, como un desarrollo se encuentran vigilados por técnicos especialistas en la materia.

Por supuesto que esto significará que no deben colocarse a personas a las cuales se les debe un crédito político. Pagar las deudas políticas mediante un puesto burocrático sería el fin de la comisión, ésta debe estar en manos de técnicos.

La revisión judicial de las labores administrativas significa que la justicia no únicamente se entiende aplicada al campo civil, y penal sino, especialmente, al campo administrativo. En este sentido las comisiones administrativas de los Estados Unidos funcionan como funcionó el ramo administrativo en la Nueva España, en el México de entonces, las labores del virrey, del alcalde y regidores se realizaban en forma de juicio, es decir en un primer plano realizaban la actividad administrativa por personas preparadas en ese plano, pero siempre existía la revisión judicial, es decir, la posibilidad de reexaminar, o revisar lo resuelto por la actividad administrativa a través de un juicio.

En los Estados Unidos las resoluciones de las agencias administrativas son revisadas judicialmente. Especialmente los tribunales revisan si en el proceso se recibieron las pruebas aportadas por las partes y los criterios alegados por ellas.

La comisión administrativa que, como hemos dicho es una "quasi judicial power", admite un segundo examen del proceso por medio de la revisión judicial pero en este caso la revisión opera con los elementos técnicos ya efectuados, es decir no se ventila ante el poder judicial el examen técnico del manejo de los servicios, ya que éste ha sido desahogado, ante la propia comisión.

La circunstancia de que existan agencias administrativas creadas por el poder legislativo y que tienen una autonomía similar a la

del poder judicial, puesto que operan como "comisarios" no significa que el gobierno no tenga una participación en ayudas públicas en el manejo de políticas e impuestos y en la propiedad pública. Aún cuando los Estados Unidos tienden a un libre comercio y de esto apologetizan través de la suscripción de acuerdo a los Tratados de Libre Comercio, esto no significa que desde antiguo no intervengan en la economía.

La intervención acaece en tres cuestiones, siendo la primera que se puede plantear una ayuda a los sectores desprotegidos sólo de modo extraordinario y así es enfocado a servicios cómo la agricultura pues, como hemos visto, el poder federal tiene un poder implícito fundado en el poder del bienestar general de los Estados Unidos.

En segundo término la política impeditiva puede obedecer a un auxilio a determinado sector económico, pero se entiende por sector económico el sector industrial, el ganadero o el servicola. Los impuestos pueden obedecer a una política de auxilio.

Finalmente en ocasiones extraordinarias, el gobierno y especialmente el Gobierno Federal tiene propiedad pública, pero en este caso, esta propiedad es subsidiaria pues no altera el manejo del mercado.

Si un negocio se coloca en manos del gobierno sólo se justifica por la ineficacia o improcedencia de la dirección privada que es impulsada de un modo manifiesto.

En este caso no opera como competidor de los particulares.

X.- TIPOS DE CONTROL.

Puede decirse que los tipos de control obedecen al desarrollo de un proceso económico: Este proceso tiene diversas etapas que podríamos llamar proceso inicial, de desarrollo y terminal, es el proceso "in trial".

Debe verse en primer término la entrada al servicio, la naturaleza de los productos y el precio razonable.

En el desarrollo del proceso debe analizarse la financiación, la discriminación de precios y servicios, la restricción del comercio y las prácticas indebidas. El proceso criminal debe aplicarse al abandono del servicio.

En la entrada al servicio, la agencia administrativa tiene la mejor oportunidad de exigir el cumplimiento de los requisitos que requiera la técnica para entregar un servicio adecuado al público. En principio podría pensarse que se trata de evitar la formación de monopolios pero no tienen empacho en admitir el monopolio cuando este se adecua a las necesidades del consumidor.

El segundo tipo de control tiende a garantizar la naturaleza de los productos. Esto implica la necesidad de que los alimentos se entreguen en condiciones de salud. Se protege al consumidor en contra de productos adulterados, y en materia crediticia se regula la honestidad de la emisión de valores.

Vinculados con los anteriores se encuentra un tercer tipo que es el precio razonable. El precio se analiza después de estudiar la situación financiera de una empresa, no se pretende inmiscuir en la

libertad de la empresa. Una sana política de precios razonables, toma en cuenta no sólo lo invertido sino también la regulación de salarios, interés bancarios y precios de seguros.

Desarrollada en la segunda etapa tenemos la financiación de las empresas. Es obvio que el empresario buscará su financiamiento y en algunos casos las agencias administrativas buscan una financiación honesta para ponerla al servicio de la empresa.

La quinta forma de control es la discriminación de precios y servicios. En este caso algunas empresas solicitan y se les concede la posibilidad de aumentar los precios en función de una venta de productos de mejor calidad para zonas exclusivas. Es decir que en los Estados Unidos se maneja la democracia, entendida como libertad de la empresa pero una vez que ésta se ha constituido se puede autorizar a la empresa para que elabore una política de discriminación en regiones exclusivas a las que se tendrá acceso si se tiene dinero suficiente.

Finalmente como veremos, en el desarrollo de la empresa se impiden prácticas incorrectas, y en este caso se busca impedir que las prácticas reduzcan injustamente la libertad de empresa. Fundamentalmente se consideran prácticas incorrectas laborales, aquellas en que los patrones obstaculicen el principio de autorregulación y contratos colectivos de los trabajadores.

Proceso final.- En la etapa final las agencias administrativas regulan la terminación de los servicios. A este respecto se combate el abandono del servicio puesto que no puede un empresario abandonar el servicio que ha dado si no satisface determinados requisitos que

signifiquen una garantía para el público. En la fase terminal debe observarse que los servicios de gobierno tales como la construcción de carreteras y canales, el fomento de la marina y comercio exterior, y pesas y medidas se ponen al servicio de los empresarios. La idea central es otorgar un panorama adecuado al empresario por medio de un sistema monetario firme, una regulación de las patentes y derechos de autor y marcas de fábrica, y un posible auxilio de las empresas en caso de bancarrota; transporte de fletes, transportación fluvial, transportación de petróleo, transportación de mercancías, y agencia express. Como la regulación abarca diversos tipos de transportación exige la presentación de programas al público incluyendo los precios adecuados y las garantías.²²⁸

Examinando las finalidades y sus procedimientos,²²⁹ muy brevemente expuestos puede decirse que son los siguientes: En primer término se regulan los servicios prestados y las tarifas cobradas, es lógico pensar que las empresas de transportación, especialmente las ferroviarias tiendan al monopolio; en la actualidad no se considera que estos monopolios afecten el interés público mientras satisfagan un servicio y cobren un precio razonable.

La comisión está compuesta por un gran número de miembros designados por el ejecutivo y aprobado por el senado, en los altos puestos se augura una cierta inamovilidad y se está sujeto a una revisión judicial y no al veto del ejecutivo.

²²⁸ Blak's Law Dictionary, op. cit. p. 735 y 736

²²⁹ Koontz and Gable, op. cit. p. 87

Se toman en cuenta las tarifas, la entrada en actividad, la disponibilidad y seguridad del servicio basándose en las prácticas financieras y métodos contables. La exigencia de la contabilidad de las operaciones financieras es fundamental pues sólo así puede mantenerse el crédito de las compañías, y puede atraerse nuevo capital. El control de la contabilidad requiere un conocimiento preciso para regular eficazmente los servicios, por esa razón se exigen revisiones periódicas.

La regulación de las tarifas presenta diversos aspectos uno es el control de un nivel y otro el de su estructura: el nivel depende del número, y la comisión trata de alcanzar un punto equitativo entre los objetivos de los inversores y los precios razonables para los consumidores. El nivel de tarifas debe ser lo suficientemente elevado para cubrir los costos corrientes y para proporcionar un rendimiento proporcionado a la inversión. La regla fundamental es que el rendimiento debe alcanzar niveles justos de suerte que no exista deterioro a la propiedad y debe ser elevado de manera que atraiga crédito.

El control del nivel de las tarifas tiene tres etapas procesales, se toman en consideración los gastos de explotación; en segundo lugar se determina el tipo de rendimiento de la inversión que se estima justo y adecuado, y, en tercer lugar es preciso considerar el valor de las propiedades invertidas estimando los costos de formación o montaje y teniendo en cuenta la depreciación.

La base jurídica del control de las tarifas se encuentra en las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución; que sostienen el debido proceso, escuchando a los interesados.

XI.- ANALISIS CONCRETO DE LAS COMISIONES MÁS IMPORTANTES

Examinemos tres de las Comisiones administrativas primeramente mencionadas que considero podrían ser útiles al sistema Romano Germánico, siendo la primera:

1.- INTER STATE COMMERCE COMMISSION²³⁰

Al respecto el estudioso tiene que observar, primeramente como esta comisión de comercio interestatal ha desarrollado a través de decisiones judiciales de la Suprema Corte el concepto de comercio; en segundo lugar analizaremos el alcance de la ley elaborada al respecto y visto que existen dos jurisdicciones, la jurisdicción federal que se compone con poderes delegados y que, por consecuencia es, en principio, excepcional y la jurisdicción local, que tiene en su seno el derecho común y que, por consecuencia, es una jurisdicción originaria. En contraste Inglaterra siempre conservó una unidad en su jurisdicción y desde el punto de vista constitucional mantiene un parlamentarismo. En su vida interna distingue entre la jurisdicción del "common law" y la "equity" pero esto no hace que el derecho sea

²³⁰ En la actualidad (1995) la agencia ha sido abolida y muchas de sus funciones fueron transferidas a la recientemente creada Surface Transportation Board, que pertenece a The Department of Transportation, acorde a lo que apunta The United States Government Manual, 1997/98, publicado por Office of the Federal Register National Archives and Records Administration, Washington, D. C., 1997.

distinto en cada uno de estos campos, la unidad del derecho en Inglaterra esta tradicionalmente vivida.

Los juristas norteamericanos han elaborado desde el punto de vista práctico, un conjunto de conocimientos jurídicos que presuponen y derivan del comercio interestatal e internacional. El artículo uno de la Constitución de los Estados Unidos en su sección octava señala como poderes delegados entre otros los derivados del comercio interestatal e internacional.

a) LOS PRESUPUESTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

Los presupuestos y las consecuencias que se derivan de este comercio, tradicionalmente se enseñan bajo el título de "Business Law" que podríamos traducir como derecho común que surge de la práctica del comercio. No existe tanto en el derecho Inglés como en el norteamericano una distinción entre el derecho civil y el mercantil. En Estados Unidos, el "Business Law" se entiende como un conjunto de prácticas en el "common law" y en la "equity" que se aplican a los presupuestos del comercio.

Tradicionalmente podríamos decir que bajo el título de "Business Law" se manejan cuatro unidades, la primera de presupuesto esencial y las otras de consecuencias derivadas de las prácticas mercantiles; el presupuesto es el contrato, que constituiría el capítulo primero de este estudio; el desarrollo del derecho relativo al comercio abarcaría los convenios comerciales, ("commercial transaction") la organización de la empresa ("business organization") y por último la propiedad.

En este estudio pretendo combinar tanto los resultados sobre estas cuatro materias que se han elaborado en el derecho Inglés, como las diferencias que el sistema norteamericano ha señalado en el curso de su comercio, tanto federal como local. A este respecto tenemos que tomar en consideración el "Uniform Commercial Code" que obviamente es un convenio que la mayoría de los Estados que compone la Federación norteamericana, al decir de Leroy Miller y Jentz²³¹ ha sido aceptado incluyendo Louisiana que ha adoptado algunos artículos de los once que compone el convenio y que proviene del año de 1857.

En resumen se protege a los inversionistas con beneficios adecuados. La mayoría de los casos presentados a los tribunales, no se refieren a los precios justos, sino a los medios necesarios para determinar el precio justo, las resoluciones han sido en el sentido de que las propiedades debían de valorarse no sólo sobre la base del costo de adquisición sino sobre la base del costo de reposición. Por último en el análisis de la estructura debe tomarse en cuenta que el rendimiento sea suficientemente elevado de suerte que atraiga nuevo capital y la estructura de las tarifas tiene como objetivo controlar la discriminación entre los diferentes consumidores,

Las empresas de transportes han concluido en la necesidad de una política en el manejo que podrían resumirse en tres libertades: Libertad de eficiencia, de competencia y de actuación sin subsidios antieconómicos, y que requieren la preeminencia de gobierno. La libertad de eficiencia es fundamental, se exige que no se intervenga a

²³¹ Leroy Miller Roger, "Fundamental of Business law", Gaylord agent, West Public, Cia. St., Paul Mn. 1990

fin de obstaculizarla, debe quedar en manos de técnicos. La libertad de competencia debe ser examinada a la luz de necesidades públicas, las cuales justificarían un monopolio si se satisfacen las necesidades del público y finalmente, las empresas a través de la ICC. Luchan por una supresión de subsidios antieconómicos; la ayuda pública se considera, a la luz de las capacidades de las empresas de transportes como una distracción de los impuestos de los gobernados, que de ninguna manera pueden desvirtuarse puesto que, deben ser colocados a efecto de mantener mejores comunicaciones en el país.

2.- COMISION DE COMERCIO FEDERAL (FEDERAL TRADE COMMISSION).

Podríamos traducirla como Comisión de Comercio Federal y como sabemos a la luz de la sección octava del artículo 1, el comercio es federal cuando se realiza internacionalmente o interestatalmente, el texto original añade y con las tribus de indios.

El objetivo de la Comisión de Comercio Federal es mantener la competencia entre las empresas. Como punto central del sistema norteamericano de economía fundamentalmente se busca el sistema de libre empresa sancionando los monopolios o las prácticas de comercio corruptas, injusta o engañosas.

A continuación procederemos a resumir desde nuestro particular punto de vista, la cuarta parte de la obra la intervención pública de la empresa, Koontz and Gable.²³²

²³² V. Koontz and Gable, op. cit. p. 317, 406

Fundamentalmente sobresalen las siguientes leyes o acts, dictadas por el congreso: primero la "Sherman Antitrust Act." de 1883²³³ ley que pretendía regular los monopolios y que precede a la creación de la Comisión; la "Clayton Act" de 1914; contemporánea a la creación de la Comisión y la "Robinson Patman Act" de 1937.

Hemos señalado cuales son los objetivos genéricos; su fundamento lo estudiaremos al final del presente artículo.

Principiemos por marcar cuales son las prácticas competitivas y que regulación surge tanto del "common law" como de las disposiciones legales anteriormente mencionadas, enseguida estudiaremos los procedimientos ante la Comisión Federal de Comercio, y finalmente daremos una breve idea sobre los objetivos de la Comisión e historia de sus procedimientos.

Las prácticas competitivas en un principio tenían como objetivo impedir aquellos actos que destruyesen la competencia y condujesen al monopolio; un segundo objetivo se encuentra en la necesidad de proteger el ambiente del hombre de negocios prohibiendo aquellos actos desleales y, en tercer término, y no por eso menos importante se encuentra el objetivo de protección al consumidor pretendiendo eliminar las prácticas engañosas y prohibiendo las publicaciones falsas y desorientadoras.

Conforme al "common law" serían contrarios a los derechos de propiedad los actos que podrían ser sancionados mediante un "writ of trespass" como la práctica de un vendedor que hace gala en la

²³³ Black's Law Dictionary, pgs. 86, 1234

descripción de su producto utilizando los métodos de su competidor y la apropiación y descripción falsa de las mercancías. Todo esto daría base a una acción criminal, así también la utilización de los métodos comerciales de anuncio que se consideran como marcas protegidas por el "common law" y que constitucionalmente deben de estar garantizadas. Las apropiaciones ilícitas de secretos comerciales y otros valores siempre que el vendedor obtenga dichos secretos mediante fraude, infracción de un contrato, o conduciendo a un empleado del productor a revelar tales secretos. Todo esto podría quedar protegido por el "common law" y por lo tanto caería en la competencia de la jurisdicción local, mediante la decisión judicial que se obtenga por el ejercicio de una acción. Como hemos dicho es un arduo camino no sólo costoso y tardado sino también se corre el peligro de quedar en manos que podrían ser imperitas. El mundo de los negocios exige una mayor certidumbre y concreción acerca de las líneas de conducta adecuadas.

Podrían resumirse los principios de la ley "Sherman Antitrust Act", y de la "Clayton Act" en los siguientes cinco principios. Como hemos dicho, la Sherman precede a la creación de la comisión pues es del siglo pasado, sin embargo, podría decirse que cuando la Clayton Act crea la comisión no viene a realizar otra cosa sino un complemento de la primera.

Sus puntos fundamentales son cinco, primero, la comisión tiene autoridad para prohibir los métodos desleales de la competencia en el comercio federal, pretende proteger al consumidor contra las "prácticas o actos comerciales incorrectos o fraudulentos".

Estas prácticas incorrectas o fraudulentas van desde los anuncios falsos y desorientadores hasta las propagandas engañosas.

Segundo.- Las leyes prohíben algunas discriminaciones de precios, y decimos algunas por que si se considera legitimo una discriminación con objeto de hacer exclusiva una zona.

En tercer termino, se prohíben las unificaciones o fusiones de empresas cuyo resultado pretenda disminuir substancialmente la competencia. Recuérdese que la adquisición de las empresas puede hacerse a través de la adquisición del activo.

Cuarto. También podrían surgir fusiones mediante el enlace de las direcciones de diversas corporaciones logrando en algunos casos la eliminación de la competencia, y desde luego las leyes prohíben tal enlace de direcciones.

En quinto lugar puede pensarse que las tres leyes que he mencionado no son las únicas, y que el Congreso ha dictado otras muy diversas; v.g. las leyes sobre, marcas y etiquetas.

En resumen la Comisión de Comercio Federal tiene poderes en cuatro secciones: primero.- La regulación de prácticas monopólicas señaladas por las leyes; segundo.- La regulación de los métodos desleales de la competencia; tercero.- La realización de investigaciones sobre empresas y cuarto, y muy interesante, la autorregulación de las propias empresas.

Las prácticas monopolicas están específicamente señaladas por la Ley Clayton. Es curioso que la comisión recomiende actitudes éticas a las empresas, es decir busca convencer a las corporaciones que no

realicen discriminaciones de precios entre vendedores y compradores cuando se trata de mercancías de igual grado y calidad. Especialmente La ley "Robbinson Patman" de 1936 pretendió evitar el crecimiento de establecimientos en cadena y proteger a los detallistas y mayoristas independientes; todo esto se realiza pero curiosamente se podría admitir una discriminación en determinadas circunstancias. Como hemos dicho los acuerdos de "trying" es decir atadura, están prohibidos si pretenden destruir la competencia, por medio del contrato; un vendedor o arrendador se obliga a vender lo arrendado sujeto a la condición de que la mercancía sea adquirida y usada con otra mercancía. Para esto generalmente las empresas acuden al contrato de mandato (agency). Fundamentalmente quedan prohibidas las relaciones destinadas a destruir la competencia tales como la compra de acciones o las fusiones que pretenden disminuir dicha competencia. Las compras de activos no se prohibían, pero si están permitido con fines de inversión, para " establecer compañías subsidiarias. Caerá en la prohibición cuando su objeto sea destruir la competencia.

Un segundo poder de la comisión de comercio federal se encuentra en la regulación de la competencia desleal; se autoriza a la comisión para entablar demandas " si la comisión creyera que un proceso por este motivo hubiera de ser de interés público" se pretenden combatir los actos desleales o fraudulentos, fundados en publicidad desorientadora o falsa. Se faculta a la empresa perjudicada a demandar en tribunales una indemnización por daños y perjuicios que ascienden a la suma de triples daños.

Finalmente, se prohíbe el uso de anuncios falsos o desorientadores. Un producto perjudicial a la salud puede ser sancionado con una multa elevada y seis meses de prisión o ambos.

La Comisión de Comercio Federal ha seguido diversos caminos para combatir los métodos desleales de competencia: está facultada para ejecutar las leyes antitrust; se encuentra legitimada para realizar acciones que beneficien al consumidor, para definir los métodos desleales de competencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos exigió tres condiciones para proceder en contra de métodos desleales de competencia: Uno, que el objeto debe ser desleal, entendiéndose por tal aquel hecho que proporciona a una empresa una ventaja sobre sus rivales; dicho método debe ser opresivo, engañoso, fraudulento o de mala fe. En segundo lugar la práctica debe afectar la competencia en el comercio federal. En tercer término la comisión sólo podrá permitir tales prácticas cuando este en peligro el interés público, Koontz y Gable²³⁴ dicen que los pleitos que han entablado la Comisión Federal de comercio han abarcado casos de tergiversación, (anuncios falsos y tergiversadores, engaños de marcas y fraudes, como vender como nuevo un producto recompuesto, utilización de la mala fe presión y otras faltas semejantes).

Tercero.- La Comisión de Comercio Federal realiza investigaciones sobre empresas bien sea en propia iniciativa o a petición del fiscal federal, del presidente o de las Cámaras del Congreso, en este caso las empresas están obligadas a rendir informes. Diversas leyes facultan al Senado para realizar

²³⁴ Koontz and Gable, op. cit. p. 395 y 396

investigaciones sobre empresas de servicios públicos como la Ley de Valores, Compañías de Servicios Públicos, la Ley de Energía Federal de 1935, etc. Casi siempre se exige que las investigaciones se hagan en cumplimiento de una resolución legislativa o a petición de ambas cámaras.

Cuarto.- El cuarto poder de la comisión de comercio federal es típicamente norteamericano y se refiere a la facultad que tiene la comisión de provocar la autorregulación de las empresas. A este efecto regula las prácticas competitivas con conferencias sobre prácticas comerciales y con la elaboración de "codes" (acuerdos según hemos visto). La comisión resuelve si las empresas pueden ser representativas de una industria (análisis vertical) o de varias industrias (análisis horizontal) y resultan sumamente ilustrativos, tuvieron un gran apogeo en la época de la posguerra y son instrumentos muy útiles pues los propios interesados realizan la labor de comisarios o autoexaminadores de sus actividades. .

a)PROCEDIMIENTOS.

Los procedimientos pueden ser iniciados por consumidores, competidores, por organismos del gobierno o por la propia comisión. Esta remite la solicitud a la oficina de investigación y puede dar diversas recomendaciones, como la de sobreseer el caso, negociar un acuerdo, formular una demanda o remitir a la división de conferencias sobre prácticas comerciales. Los acuerdos convencionales los recomienda la comisión cuando piensa que no ha habido intervención fraudulenta. Podría haber confesión del agresor y la resolución consistiría en rectificar la conducta reprobable.

Los acuerdos o "agreement" son una solución rápida. Solamente si se rechaza el acuerdo o no se da paso a él se procede a una demanda formal ante la propia comisión. Lógicamente la comisión en el desahogo de una controversia da cumplimiento al principio de "due process of law" es decir, otorgar oportunidad para escuchar a las partes y para recibir las pruebas que crean prudentes así como los alegatos, pues en este caso la comisión es casi un poder judicial. Koontz y Gable²³⁵ dicen que la mayoría de las reclamaciones no pasan de la fase no formal, las demandas formales sólo se dan después de un cuidadoso examen de los hechos, expuestos por la investigación. Cuando deben reunirse pruebas se da vista a un "examinador" el cual dicta una resolución que es una decisión inicial después de haber escuchado a las partes, redacta una exposición de hechos y recomienda desechar la demanda o publicar una orden de cese o suspensión. Si la comisión encuentra que los cargos son probados y que la acción probada es ilegal, publica una orden exigiendo a la parte acusada el cese y abandono de tal acción ("administrative adjudication"). Este podría ser objeto de una revisión judicial la cual se ventila en los tribunales de apelación federal, el tribunal de apelación puede fallar que no existen pruebas suficientes y puede ordenar la anulación de la decisión, pero recuérdese que si la orden no es obedecida se podría configurar un delito público. Confirmada la orden su incumplimiento constituye un desacato (contempt of the court).

²³⁵ Koontz and Gable op. cit. pág. 405

OBJETIVOS DE LA COMISIÓN.

La política norteamericana pretende sancionar las prácticas que conduzcan a un debilitamiento o declive de la competencia. Tradicionalmente se dice que "la competencia es un mito y es un modelo; entiéndese por mito; aquellas "creencias" e ideas con contenido valorativo que tienen los hombres y por la cual viven".²³⁶ Se piensa que la búsqueda del propio interés ha de servir a los intereses de la comunidad. Su fundamento se encuentra en la idea de que la propiedad privada tiene eficacia y que el mejor camino es la libertad del contrato y el beneficio como incentivo principal.

La competencia es un modelo es decir es algo que de antemano se sabe que no se va a alcanzar pero se realizan los intentos necesarios para acercarse; la competencia es pues un prototipo u objetivo lejano.

La competencia se ve atacada cuando surgen grandes empresas o cuando se concentra el poderío económico en manos de unos pocos vendedores, cuando se hacen una fijación unilateral de precios o cuando se introduce una competencia no precisamente de precios y calidades. A lo largo de la historia del Derecho de los Estados Unidos el "common law" ha organizado ataques en contra de las prácticas contrarias a la competencia.

Como hemos visto son tres las principales leyes que se han elaborado para establecer las reglas que favorecen la competencia.

²³⁶ Koontz and Gable, op. cit. 318

La Primera ley es la Ley Sherman de 1890, que contiene 8 secciones. La sección primera declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust, o de otro modo, o conspiración para restringir el comercio o tráfico entre los diversos estados o con naciones extranjeras. La sección segunda declara culpable de delito toda combinación ilegal o conspiración realizada para restringir el comercio por personas dedicadas al manejo de mercancías entre los diversos estados. Esta ley precede la creación de la comisión y como se ve maneja tanto el concepto de conspiración como los conceptos de delitos y actos criminales, en consecuencia es un intento de regulación por conducto del "common law".

En 1914 se creó la Comisión de Comercio Federal y viene acompañada de la elaboración de una segunda ley: (Clayton Act.), las funciones principales de la comisión se concentraban en la promoción de una competencia libre y justa en el comercio interestatal por conducto de la prevención de restricción al comercio tales como los acuerdos sobre fijación de precio, publicidad falsa, boicot, combinaciones ilegales de competidores y cualquier otro medio injusto de competencia. El Black's Law Dictionary²³⁷ dice que la Clayton Act establece enmiendas a la Sherman Antitrust Act y prohíbe la discriminación de precios, la atadura y exclusividades, las uniones ilícitas y la reunión de directores de administración realizadas substancialmente para reducir o abolir la competencia y tendiendo a la creación de un monopolio en cualquier campo del comercio.

²³⁷ Black's Law Dictionary, op. cit. p. 44.

Finalmente la Robinson Patman Act declara ilegal cualquier adquisición directa o indirecta destinada a realizar una discriminación en el precio, cualquiera destrucción de competencia dirigida a persona que garantice la discriminación de la venta de efectos.

De todo esto se desprende que el manejo de esta comisión es sumamente arduo, por que requiere no sólo conocimiento de las principales figuras del "common law", sino también de la realidad económica que trata de obtener poderes económicos enormes en la medida en que trabaja, como un gran negocio, (big business). En esas circunstancias el poderío económico se cobija con las decisiones judiciales. Las resoluciones administrativa son revisadas por la corte de apelación o por los tribunales federales de distrito. El poderío económico entra en conflicto con el poder político. El desarrollo de las corporaciones ha alcanzado un nivel que pone en declive no solo la competencia sino aún el poderío político. Las elevadas ganancias han dado lugar a un fuerte aumento de fondos disponibles para la adquisición de otras compañías. Sus incrementos han aumentado enormemente, y podrían ponerse numerosos ejemplos para ilustrar la constante amenaza actual y potencial con que se enfrentan las empresas típicas en una industria concentrada en plano horizontal o en plano vertical.

Sin embargo, existen ventajas económicas de las empresas en gran escala pues un producto puede hacerse en serie en un mercado extenso y estable con la especialización y la división de trabajo. En esas circunstancias la maquinaria se emplea y es empleada al máximo; pueden las empresas pagar salarios altos a hombres que están especializados, sólo las grandes empresas logran una

producción a escala, y, finalmente obtienen ventajas financieras pues resulta más fácil vender sus valores y tomar prestado en condiciones más ventajosas. Se dice que hay combinación vertical cuando las fases sucesivas de producción son reguladas conjuntamente, y en este caso un conjunto de empresas puede soportar más fácilmente las pérdidas y subsistir.

Las organizaciones horizontales significan la unión de competidores en la misma fase de un negocio, obtienen ahorros en documentación de, almacenaje de artículos y métodos de publicidad. La Comisión de Comercio Federal ha concluido con la aprobación de ciertos monopolios cuando estos significan ventajas para el público.

3.- TERCERA COMISIÓN ADMINISTRATIVA

“LA FEDERAL RESERVE SISTEM” Y LA “SECURITY AND EXCHANGE COMMISSION”.

Aun cuando son dos comisiones administrativas en el curso de su desarrollo se presentan conjuntamente para poder entender mejor el mecanismo financiero de los Estados Unidos de Norteamérica.

El Sistema de Reserva Federal se estableció por la “Federal Reserve Act” aprobada en diciembre 23 de 1913. El sistema constituye a favor de los Estados Unidos un Banco Central, y con esto, como hemos visto triunfar la idea de Hamilton del establecimiento de un poderío central.

El Banco Central tiene numerosas funciones, tales como la transferencia de fondos, previsión de la política del gobierno de

depósitos o deudas, supervisión de bancos y formulación de una política financiera.

La responsabilidad del Sistema de Reserva Federal es enorme pues consiste en fortalecer y dar vitalidad a la economía de los Estados Unidos. A través de su influencia es posible controlar el costo del dinero y del crédito; promover el uso de los recursos financieros, aumentar la productividad indirectamente, establecer la estabilidad en los precios y lograr el equilibrio mediante la balanza de pagos.

La supervisión y emulación de los bancos depende de su membresía y el sistema de reserva federal mantiene una banca comercial que se encuentra en manos de particulares, para obtener las necesidades financieras y lograr sus objetivos.

El Sistema de la Reserva federal se compone de siete partes, en primer término una Junta de Gobernadores ("Board of Governors") radicada en Washington, doce bancos de reserva federal con veinticinco ramas distribuidas alrededor de todo el país; la comisión de mercado federal abierto, el consejo consultivo federal, el consejo consultivo de consumo; las instituciones del consejo de ahorro; y las instituciones financieras de la nación incluyendo bancos comerciales, asociaciones de préstamo y ahorro, cooperativas de bancos y uniones de banca y crédito.

Analizaremos en esta materia únicamente dos temas, la protección a los inversores mediante la regulación de las inversiones financieras, y la regulación de la emisión de valores.

XII.- LAS ORGANIZACIONES FINANCIERAS.²³⁸

Como hemos dicho el objetivo de la política de la comisión de la reserva federal se encuentra en custodiar los recursos públicos, distribuir los recursos financieros de la sociedad y hacer económica la regulación del servicio financiero.

En Estados Unidos de Norteamérica es obvio que la regulación de las instituciones financieras solamente se realiza lateralmente. El gobierno no efectúa las operaciones de banca comercial, sus funciones se limitan como hemos dicho a la creación de un Banco Central y sus Bancos Auxiliares.

Tradicionalmente se admite que las organizaciones financieras pueden adoptar desde el punto de vista federal cinco formas: El primero es el banco de depósito, el segundo son las empresas de inversión, el tercero, el trust de inversión; cuarto, las organizaciones que suscriben la venta de nuevos valores; y el quinto las empresas de seguros, que como veremos algunas veces son de materia local.

Los bancos de depósito y préstamo son los más importantes y abarcan los bancos de ahorros, los hipotecarios, los de crédito destinado a consumo inmediato, las uniones de financiación de créditos y los departamentos de prestamos de los bancos comerciales.

Empresas de Inversión.- Las empresas de inversión distribuyen y negocian valores y entre sus actividades se encuentra la financiación de actividades gobiernos y empresas privadas de capital a largo plazo, adquieren valores y los venden con un beneficio.

²³⁸ Koontz and Gable. op. cit. pág. 437 y 487.

Las compañías de "trust" o "trust" de inversiones tienen como función la administración y custodia de inversiones. Como hemos visto el trust es un contrato que es de la jurisdicción de la "equity" puesto que consiste en la transmisión de la propiedad al "trustee" para que este lo administre o explote a favor de un beneficiario.

Los "trust" dan cumplimiento a diversos objetivos impuestos por el fundador del mismo, por esa razón puede decirse que los "trusts" de inversiones vigilan la ejecución de proyectos de educación o de cualquier otra clase y aun cuando hemos visto al estudiar el Derecho Inglés, los "trustees" pueden ser cualquier persona física o jurídica generalmente se exige que sea un especialista en finanzas.

La sociedad de inversión vende títulos de propiedad y obligaciones a inversores; en este caso las acciones se adquieren con fin de inversión y no de control.

Finalmente las compañías de seguros como organizaciones financieras reúnen fondos y los abonan a personas sobre las que ha caído algunas desgracias. Puede decirse que se dedican a mancomunar los riesgos. Las compañías de seguros, son los custodios de las inversiones, para entregarlos cuando se cumplan la condición impuesta al seguro.

XIII.- OBJETIVOS DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.

Dos objetivos son importantes en el manejo de las instituciones financieras, en primer lugar, los inversores o usuarios de crédito requieren un adecuado sistema financiero y que los depósitos no se

entreguen a manos de gente sin ética y honradez; se necesita una forma eficiente del manejo del crédito pero a la misma vez una seguridad.

El segundo objetivo se encuentra en el interés público puesto que las inversiones y el manejo del crédito en todos sus aspectos incluyendo en la actualidad el que procede de las tarjetas de crédito pueden afectar al grupo social.

La economía de un país depende fundamentalmente de su sistema financiero, si en el mercado existe suficiente capital puede haber una producción suficiente, pero si el capital es escaso, se puede afectar el desarrollo económico del país. El capital, el dinero y el crédito no producen o satisfacen las necesidades pero son un medio para lograrlo, si el dinero y el crédito aumentaran mas allá de lo normalmente necesario vendría una caída del dólar y una subida de los niveles de precios, esta alza de precios fomentada por una imprudente expansión del crédito puede tener efectos perniciosos en el funcionamiento de la maquinaria económica. Por el contrario una contracción anormal del crédito puede interrumpir el funcionamiento de un sistema económico. Este es el argumento que ha manejado la Suprema Corte de Justicia para considerar que incluso la materia de seguros debe estar bajo la competencia del gobierno federal. Así se resolvió en el caso *Mc Culloch v. Maryland*, 1819 en el que la Suprema Corte sostuvo que si el gobierno federal tiene el poder para imponer tributos y tomar empréstitos y regular el comercio interestatal, aun cuando la Constitución no se la otorgue deberá tenerla, pues el crédito afecta a toda la economía.

De este modo la regulación federal se ha extendido a todas las uniones de compañías de bancos de inversiones, de emisores de valores y de compañías de seguros y en general a todas las organizaciones financieras.

Podríamos cuestionarnos finalmente cuales son las funciones de la Comisión de la Reserva Federal, Koontz and Gable²³⁹ indican que las organizaciones financieras tienen cinco controles: la entrada en el negocio; las reservas legales; la supervisión de las operaciones; el control de las centralizaciones y las relaciones de los bancos con el sistema bancario global.

1°.- La entrada en el negocio significa el acceso de las personas en el negocio de la banca comercial. Estas solicitan un título de fundación nacional al interventor de circulante (Comptroller of the Currency) el cual investiga si existen reales necesidades para crear la institución financiera propuesta pues su duplicación plantearía una competencia entre los bancos, con una incompetencia burocrática que a la larga sería contraria al interés público, pero además se analiza la personalidad de los solicitantes para ver si se encuentra en manos de posibles técnicos. La nueva institución financiera se hace miembro del sistema de la reserva federal suscribiendo acciones en el banco de reserva de su distrito, y adquiriendo la membresía en la Corporación Federal de Seguros de Depósito (Federal Deposit Insurance Corporation).

²³⁹ Koontz and Gable, op. cit. p. 440

2°.- Se forman reservas legales, los Estados Unidos se dividen en doce distritos con una institución de reserva federal para cada distrito y a su vez los doce bancos tienen 24 sucursales, cada grupo de bancos miembros nombra un consejero de categoría A, (banca) y otro de categoría B, (negocio), en cada distrito de reserva federal. Los de categoría C (Público) son designados por la Junta de Gobernadores compuesta por siete miembros nombrados por el presidente de los Estados Unidos y confirmados por el Senado. En cada banco de reserva existen nueve consejeros que a su vez eligen a los doce miembros con los que está integrado el Consejo Asesor Federal y a su vez estos eligen a cinco representantes para constituir el Comité General de Mercado Abierto. La otra parte es designada por la Junta de Gobernadores por siete miembros haciendo un total de doce que integran el Comité Federal de Mercado Abierto. De este modo tanto la Junta de Gobernadores como el Comité Federal de Mercado están compuestos por técnicos financieros.

Todos los bancos están obligados a unirse al sistema o renunciar al título de concesión. En realidad los doce bancos de la reserva federal son banco de bancos puesto que conceden préstamos a los bancos miembros sobre la garantía de obligaciones, papel comercial y bienes inmuebles y emiten billetes de reserva federal, que son la clase principal de papel moneda.

Las Reservas Legales están en el Banco de Reserva Federal de cada Distrito.

La parte central del sistema se encuentra en la Junta de Gobernadores, (the Board of Governors) y tiene amplios poderes

sobre la política de créditos y regulaciones bancarias: deciden sobre la admisión de nuevos bancos así como la regulación de los tipos de interés y controlan las direcciones de enlace.

Aprueban la creación de bancos sucursales y suspenden o destituyen a bancos de reserva o miembros, obligándolos a tomar medidas adecuadas para el manejo de las instituciones. De este modo tienen poder para controlar la mayor parte del circulante de una país.

El comité de mercado abierto, compra bonos de gobierno papel comercial y otros valores y tiene autoridad para dedicarse a las operaciones necesarias y extender y contraer el volumen del crédito. Si las operaciones del mercado abierto compran las reservas de las cajas, estos aumentan debido a tales compras y el crédito se expande, Si los bancos venden las reservas, estos se reducen y reprimen los medios de expansión del crédito.

La Junta de Gobernadores domina al Comité de Mercado Abierto por tener siete miembros, de manera que tienen la mayoría en las decisiones.

3°.- Para la realización de la supervisión de las operaciones como el interventor del circulante aprueba la entrada al servicio, supervisa la explotación de los bancos. Todos los bancos miembros de la reserva están sujetos a la supervisión de la Junta de Gobernadores y están obligados a obtener un seguro por medio del cual se supervisa a la institución.

La parte medular relativa a esta supervisión se encuentra en los informes y las revisiones, los primeros deben hacerse tres veces por

año y en ellos se analiza su situación financiera de las instituciones, se publican resúmenes abreviados en los principales medios periodísticos.

El interventor del circulante puede exigir informes cada vez que sean necesarios, y las revisiones pueden llegar sin anunciarse.

Si del estudio resulta el descubrimiento de prácticas ilegales o poco sólidas que envuelvan operaciones ineficaces o de falta de cuidado el comité hace las observaciones y podría llegar incluso a dictaminar la suspensión de explotación de un banco o su cambio de política.

El control más importante se realiza a través de los préstamos e inversiones puesto que estos permiten analizar la situación contable de la empresa. Una regla usual es que las deudas de cualquier persona o empresa a un banco no debe exceder del diez por ciento del capital del banco realmente desembolsado. Los préstamos a un banco a sus propios funcionarios tienen un límite que debe ser aprobado por los propios consejeros. Incluso en la actualidad hay un control más completo puesto que se autoriza al interventor del circulante a regular las compras de valores.

Los bancos de ahorros, sólo pueden colocar sus fondos en obligaciones e hipotecas. Excepcionalmente podrían hacerlo en papel comercial.

¿Cuál es el objetivo en el pago y cobro de intereses? La finalidad es conservar los recursos de los bancos eliminando la tensión competitiva, de pagar intereses demasiado elevados y el peligro de

actitudes especulativas. El público tiene el deseo de que las constituciones de préstamos se abstengan de cobrar un monto opresivo de interés y el gobierno ha pretendido mantener este tipo de interés con el objeto de estimular o disuadir el uso del crédito.

Las instituciones de crédito desde 1933 tienen un seguro de depósitos, de tal suerte que todos los bancos que operan en los Estados Unidos y que son miembros de la Reserva Federal están obligados a dar la membresía a la Corporación Federal de Seguros de Depósito. El capital de esta corporación federal de seguros se compone de los depósitos de cada banco en cantidad inferior a uno por ciento, capital suscrito por la Tesorería de los Estados Unidos; acciones de los bancos e intereses de los inversionistas.

La Corporación está obligada a pagar las deudas de los depósitos asegurados, haciendo transferencias en otro banco o con el pago en efectivo. La corporación está autorizada para tomar préstamos de la tesorería de los Estados Unidos. Las proporciones de la reserva han sido discutidas ampliamente y dado que los depósitos de los bancos comerciales provienen en gran parte por los depósitos hechos por los mismos bancos, reducir los depósitos para elevar la reserva es limitar la expansión de los préstamos. El justo medio se encuentra en una reserva racionalmente pensada.

4°.- La cuarta función de la reserva federal es el control de la centralización y su combinación. Esto se efectúa a través de bancos sucursales y reuniones. Algunos son partidarios de una banca centralizada para lo cual insisten en una política que regule un sistema

de fuertes y pocos bancos, con numerosas sucursales y que eliminaría las necesidades del gasto del seguro de depósitos.

5°.- El último sistema es la unión o consolidación a que está sujeta el control tanto del los Estados como del Gobierno Central. Conforme a la ley de Banca de 1835, a los bancos adheridos al Sistema de Reserva Federal se prohíbe tener filiales de inversión si se trata de valores públicos nacionales.

En resumen puede decirse que la regulación de la banca de préstamo y depósito tiene por objeto dar seguridad y solidez a las prácticas bancarias, estableciendo niveles mínimos pero no ha logrado que las inversiones sean sanas.

XIV.- LAS COMPAÑÍAS DE TRUSTS.

Como hemos dicho en el "trust" Inglés y norteamericano, el "trustee" recibe en propiedad.

Los bienes vinculados al objetivo. En un gran número de departamentos de bancos comerciales se encuentran direcciones o departamentos de trusts cuyo objetivo será guardar la relación entre la tenencia y el activo en cuentas de depósito.

Sin embargo la política de la Comisión de la Reserva Federal establece el principio de que los fondos de trusts deben estar separados de otros fondos.

La labor de las compañías de trust cuando actúan como fiduciarios generalmente la realizan sobre hipotecas en emisión de

obligaciones. Fue sólo a consecuencia de la gran depresión de los años treinta, cuando una comisión de la reserva federal reguló las actividades de trust de las bancas de inversión y por esa razón sólo fue hasta esos años cuando se dictó la Ley de Valores Federal, (Federal Securities Act 1933) y se creó la Comisión de Valores y de Cambios (Securities and Exchanges Commission).

La formación de trusts de inversión sin analizar prudentemente el carácter de las inversiones hechas provocó la depresión en 1929. Estos abusos de los trust de inversión han dado lugar a que se dicten diversas disposiciones administrativas que fundamentalmente analizan las prácticas poco correctas de especulación contable para obtener mejores ganancias. Las actividades de inversión de los fideicomisos están reguladas minuciosamente y no pueden ser usadas para financiar bancos de inversión afiliados y ofertas de negociantes de valores. Los empréstitos a corporaciones extrañas están sujetos a una supervisión gubernamental. Se prescriben métodos uniformes de contabilidad e intervención y revisión periódica por la Comisión de Valores y Cambios.

XV.- LA REGULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS.

En los Estados Unidos las empresas de seguros son de propiedad privada. Los seguros contra accidentes de trabajo, paro y viajes caen en los planes de seguros sociales. La técnica del negocio del seguro exige una regulación gubernamental. Esta es muy antigua, pues desde 1794 se estableció la primera. Se discutió si el seguro era materia federal o local y la Suprema Corte de justicia en 1868 decidió

que "La expedición de una póliza de seguro no es una transacción de comercio y que las pólizas de seguro no constituyen una parte del comercio entre los Estados". En consecuencia la regulación de los seguros quedó reservada a los Estados.

Como hemos visto al estudiar la Comisión de Comercio Federal las diversas leyes antitruts obviamente hicieron que se aplicaran a las Compañías de Seguros. En la actualidad los Estados Unidos intervienen centralmente en función de vigilar la libre competencia entre las empresas de seguros y casi en todos los aspectos de la explotación de las compañías de seguros están sujetos a regulación semejante a la de la banca de préstamos y depósito.

XVI.- LA REGULACIÓN DE LA EMISIÓN DE VALORES

La regulación emisión de valores fundamentalmente busca asegurar entradas eficientes de tal manera que la práctica en Estados Unidos es ajena a la protección del público inversor o por lo menos secundaria.

El gobierno federal pretendió evitar prácticas abusivas en función del poder que tiene de regular el correo, por lo cual en 1833 prohibió el uso de los correos para defraudar o engañar con valores fraudulentos. Las principales bolsas, principiando por la de Nueva York, han tratado de estimular una honestidad en la venta de sus valores. Sólo hasta 1863 como se ha dicho se dictó una ley federal completa exigiendo publicar información; sin embargo no ha podido abolirse hasta la fecha actual la actitud especulativa que tienen

diversos capitales; en ocasiones logran un progreso. Los inversores son informados y defendidos de la deshonestidad y del engaño para lo cual las legislaturas exigen la publicación de información y han tratado de establecer una intervención en la emisión de valores.

Se ha considerado un delito criminal las declaraciones falsas sobre un dato importante, con respecto al estado de una compañía. Se exige una estricta y completa revelación de información en el anuncio de la venta de valores.

Las leyes de los años veinte recibieron el nombre de leyes de "Blue Sky", es decir cielo azul por que los promotores sin escrúpulos estarían dispuestos a vender acciones hasta del cielo azul. La regulación de los Estados en la emisión de valores pretende evitar la emisión de valores que sean tipo fraude; exige licencias de vendedores y registro de valores. Las leyes que tratan de evitar fraudes tratan de descubrir acciones fraudulentas pero la falta de información sobre posibles inversiones hace que las disposiciones sean ineficaces. La concesión de licencias a vendedores exige que la emisión de valores se conceda a personas de buena reputación y finalmente las leyes que exigen el registro de los valores han logrado disuadir promociones fraudulentas. La regulación federal de la emisión de valores se inició desde 1909, como hemos dicho, al declarar fraudulento el uso del correo con informaciones falsas.

Las Leyes de los años treinta, esto es, la Ley de Valores (Securities Act. 1933) y la Ley de Bolsa (Securities and Exchange Act. 1934) buscan la veracidad en los valores y al decir de Koontz y Gable su propósito es "disponer de una revelación plena y clara del carácter

de los valores vendidos en el comercio interestatal y exterior y a través del correo".²⁴⁰ Por esta razón se formo la Comisión de Valores y Cambios en donde el emisor entrega una declaración que certifica la comisión de un prospecto cuyo objeto es garantizar que los inversores sean cumplidamente informados de los valores puestos en venta. En este caso tanto la legislación local como la legislación federal exigen de dichos requisitos a ciertos valores tales como los emitidos por los gobiernos, las bancas nacionales y estatal, las organizaciones de beneficencia; las cooperativas agrícolas y en general todos los fiduciarios que organizados bajo la forma de trust exigen la aprobación judicial. Al decir de Koontz y Gable²⁴¹ los requisitos del registro se refieren a seis puntos 1.- Información referentes a los promotores, 2.- información relativa a los suscriptores; 3.- informaron referentes a los expertos que hicieron la declaración del registro, 4.- Información respecto a la información de la empresa; 5.- información respecto del producto de la emisión y;

6.- información relativa a la capitalización de la compañía emisora.

La información debe ser comprensible de tal manera que contenga los puntos importantes de la declaración del registro. Puede haber responsabilidad si se comprueba que un vendedor no ha presentado la declaración de registro o no ha enviado un prospecto al comprador así como si se omitiera un dato esencial o se incluyera una información falsa o desorientadora.

²⁴⁰ Koontz and Gable, op. cit. p.474

²⁴¹ Idem.

La ley tiene como regla la exigencia de un cuidado racional que se pediría a un hombre prudente en la administración de sus propios bienes.

En este caso la duplicidad de leyes locales y nacionales abarca una jurisdicción concurrente y la Comisión de Valores y Cambios al decir de Hoover "ha combinado el conocimiento del campo que le incumbe el juicio y la consistencia razonable de política con el saber librarse de presiones de "políticas partidistas".²⁴²

La comisión en conjunto ha sido notablemente bien administrada, incluso sus críticos conceden que su personal es capaz y concienzudo y que la comisión generalmente lleva una labor con prontitud y diligencia cuando la rapidez es muy esencial.

XVIII.- LOS MERCADOS DE VALORES Y MERCANCÍAS.

Los mercados organizados son las bolsas y las lonjas. Las primeras, (Stock Exchanges) colocan la compraventa de acciones ordinarias y preferentes de toda clase de corporaciones y de otros tipos de valores. Las lonjas (Commodity and Changes) son un lugar para celebrar el comercio de mercancías tales como trigo, avena, cereales, algodón, cueros, azúcar, café, cobre y la cotización de sus valores y materias primas que influyen en el mercado.

El funcionamiento eficiente de este sistema económico, puede asemejarse las antiguas alhondigas organizadas en la época de la

²⁴² Ib idem, p.484

Nueva España. Puede decirse que el objetivo de los mercados de cambio organizados, es proporcionar los medios adecuados para las transacciones a los precios justamente señalados por la oferta y la demanda.

Las bolsas han sido organizadas en Estados Unidos siendo la más importante la Bolsa de New York ("Stock Exchanges"). Se prohíbe fundamentalmente dos tipos de operaciones a saber el "margin trading", que consiste en la compra de títulos aumentando artificialmente su volumen con efectos engañosos. Ha sido censurado por que contribuye a la inestabilidad del mercado y acarrea una expansión y deflación del crédito. El "short selling" que se efectúa cuando se da una orden a un corredor que venda un valor que el vendedor no posee, tomando en consideración que el vendedor sólo tendría que restituirlo en un tiempo futuro. La mayoría de los especuladores compran con vista a una alza en el mercado y al hacerse una oferta de valores que no se posee tiende a reprimir en forma normal el precio del mercado.

Finalmente las bolsas han sido criticadas por no ejercer un mayor control sobre las manipulaciones; éstas reciben el nombre de "pools" pueden tomar muy distintas formas pues pueden agrupar a especuladores con el propósito de comprar o vender grandes paquetes de valores. Si el propósito del "pool" es hacer subir el precio de valores, sus miembros juntan sus compras y crean un mercado activo que estimula a otros a la compra y cuando el precio es bastante elevado proceden a liquidar sus valores.

En el caso del margen ("margin trading") la ley prohíbe a los corredores conceder un crédito a un cliente sin garantía y en caso del "short selling" se ha colocado una supervisión de la misma en manos de la Comisión de Valores para eliminar los abusos. Estas manipulaciones y engaños parecen que en definitiva no se han abolido y que hay una actitud de especulación en los clientes que sólo podría ser rectificada con una honorable conducta ética.

CONCLUSIONES

Primera: El "Sistema Jurídico del Common Law" constituye una familia jurídica que no sólo encierra las condiciones de justicia y trata de comprenderlas, sino que busca una constante aplicación práctica de la idea de justicia.

Segunda.- Enumera las condiciones de justicia desde el principio de su historia jurídica en forma concreta; el Derecho Inglés en su milenario desarrollo, busca concretamente la solución de los conflictos de los hombres del Reino: El Derecho Norteamericano lucha por ese afán en forma, si se quiere, rudimentaria, pero en favor de la justicia concreta del colono.

Tercera.- Tratarán estos hombres de comprender la razón de sus decisiones y siempre ha sido ésta su meta. Saben que quizá "lo justo" no podrá ser alcanzado nunca en toda su plenitud, pero al formar los "precedentes", la pereza nunca les fue compañera, siempre quisieron encontrar la razón de fondo en todas sus decisiones concretas.

Cuarta.- Así puede comprobarse esta búsqueda incesante de lo justo en los casos concretos; en su historia, primero del Derecho

Inglés y, enseguida, en el Norteamericano, y finalmente en sus grandes producciones jurídicas que este trabajo denominó sus "categorías".

Quinta.- El Sistema del precedente es una producción ingente que Inglaterra y después los Estados Unidos de Norteamérica no deben abandonar para adoptar las soluciones de la Familia Romano Germánica, en formas de códigos y producciones legislativas que no alcanzan los monumentales resultados de respeto, rectitud e imparcialidad del sistema del "Common Law".

Sexta.- En el sistema hay primero; un respeto a la persona humana: Podrá decirse que el Derecho Norteamericano no logra cambios espectaculares como se observa con las leyes es cierto, pero la prudencia siempre los ha distinguido, véanse las categorías del Derecho Inglés; nunca pretendieron formular un cambio catastrófico. Siempre examinaron prudentemente las dificultades concretas para llegar a soluciones, obsérvese el Derecho de Norteamérica, jamás quiso modificar drásticamente la herencia que recibió, puede incluso pensarse que los norteamericanos son desde el punto de vista jurídico, más feudales que el resto de Europa, pero por lo visto más sencillos y concretos en sus cambios.

Séptima.- Para lograr estos resultados se han formado en estos países cuerpos de juristas; primero en Inglaterra, con la distinción

entre "Solicitors" y "Barristers" que rememora las agrupaciones de la Roma Clásica entre "Abogados" y "Jurisconsultos", luego la distinción entre "common lawyers" y "equity lawyers", que hace especializar a los juristas entre "formalistas" y "buscadores de la verdad". Este lento comprender de un anhelo prudente de orden, les ha conducido a la formación de un autentico "constitucionalismo". Inglaterra ha formado con su "common law", un constitucionalismo capaz de destruir tiranías y despotismos; Estados Unidos ha hecho de su "Constitución" una categoría especial capaz de dirigir a un pueblo en busca de una satisfacción y bienestar concreto.

Octava.- Para el que esto escribe en Inglaterra sobresale Coke defensor del "Common Law" frente a las arbitrariedades de "Jacobo Stuart". En Estados Unidos, a mi entender debe colocarse en lugar especial a Hamilton inspirador de una de las primeras constituciones escritas.

Novena.- El afán de alcanzar lo justo, inclusive en los aspectos puramente económicos ha conducido a Inglaterra a desarrollar un Sistema de Arbitraje. Los Estados Unidos han desembocado en las "Comisiones de Administrativas" para elaborar un Derecho Económico en manos de especialistas que funcionan como comisarios. En ambos Derechos se ha elaborado un "Business Law".

BIBLIOGRAFIA

Ashley Maurice, *The Life and Times of William I*. edit. George Weidenfeld and Nicolson Limited. Great Britain. 1973.

Barker David and Colin Padfield 8va. edition, Oxford 1994.

Blakstone, *comentarios on the law*, edit Washington law book corporation.

Calvy and Coleman, *American law y Legal system*, Printicehall, Englenwood Cliffs New Jersey 1992.

Clark S. David, *Introduction to the law of United States*, derenter Boston 1992.

Caudill David S. And Steven Jay Gold, *Radical Philosophy of law*, 1st. edition. Humanities Press, New Jersey, U.S.A. 1995.

Clemente, *Filósofos Medievales*, Madrid, T II, MCMLXXX.

Cosgrave Richard A. Our Lady, The common law and angloamerican legal communities, 1870 1930 New York University Press 1967.

Charles Rembar, and Shuster, Simon Law of the land, The Evolution of Legal System, New York. 1980.

Friedrich C. Juenger, Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática. F. C. E. 1996.

Frank Smith James, Derecho Constitucional Comparado, México Estados Unidos. UNAM 1990.

Gerard L. Gall. 1990. Toronto, Carswell The Canadian Legal Sistem, Third Edition, Carswell, Toronto. 1990.

Handbury and Martin, Modern Equity, 14th Edition, Buying E. Martin London. 1993.

Hamilton, Madison and Jay, The Federalist Paper, 3ra. reimpresión F. C. E. 1992.

Hamilton, Madison and Jay, The Federalist the Eighty Five essays Modern Library New York.

Peter Hay. Una Introducción al Derecho de los Estados Unidos, Butterworth Legal Publishers. 1992.

James Frank Smith. (Compilador), Derecho Constitucional Comparado, México Estados Unidos, UNAM 1990.

Jollowitz Terms Implied by Law, Universidad de París, Dalloz, 1992.

Jean Barbeyrac, Le Droit della Guerre et de la Paix. MDCCXXIX.

Kempin, Historical Introduction to Anglo-American Law, St. Paul Menn. 1990.

Kenneth W. Clarkson, West's Business Law, West Publishing Company, New York, Los Angeles. 1992.

Kindergest Patricia, Droit Anglai, 2da. edición, París 1993.

Koontz and Gable, El Control Público de la Empresa, edit. Bosch Barcelona España, 1976.

Male. J. M. Land Lord and Tenant, Law M. E. Hand books, 4th. edit. 1995.

Mans Puigarnau, Repertorio de Principios Generales de Derecho, Edit. Bosch, Barcelona, 1957.

Martínez Torrón Javier, Derecho Angloamericano y Derecho Canónico, Las Raíces canonistas del Common Law, edit. Civitas, Madrid 1991.

Master Tax Guide, Chicago 78th edit. CCH tax law edit. 1995.

M.: Shaw, International Law. third edit. Cambridge, University Press.

Morris Harper, Richard B. and Henry Steele Commager , The Spirit of Seventy Six Row Publishers, New York, Evanston and London 1958 1967.

Rabasa Oscar, Derecho Angloamericano, 1era. edic. F. C. E. México 1946.

Rabasa Emilio, La Constitución y la Dictadura, 3ra. edición, Porrúa 1956.

René David, Sistemas Jurídicos Contemporáneos, s. n. e. edit. Aguilar, Madrid 1964.

Roscoe Pound, Espiritu del Common Law, Barcelona España 1956.

Robert A. Carp, Ronald Stinham, Judicial Process in America, Third edition C. O. press. 1983.

Robert T. Cheng, Business Law, 5th. edit. 1990.

Riley Alison, English for Law, Mc. Millan Professional English, London 1991.

Sánchez Agesta Luis, Documentos Constitucionales y Textos Políticos, edit. Madrid, España 1982.

P. S. Atiyah and P. S. Summers 1991-1992 Reprinted.

Andrea Tun and Susanne Tun, Drench de Los Estados Unidos, imprint universitaria, UNAM; 1era. edic. 1957.

Ursúa Coke Eugenio, Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón, s. n. e. edit. Porrúa, México 1984.

Francisco de Vitoria, Obras Completas, Madrid, MCMLX.

Wood Grey Reseña de la Historia de los Estados Unidos,
Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos de América.

Wendell Holmes Oliver, The Common Law, edit. by Mark Del
Woff Copiright. 1963, Harvard College.

Williamson Oliver, Las Instituciones Económicas del Capitalismo,
F. C. E. 1. era edición. 1989.

Williams Neville, The life and Times of Elizabeth I. Weinfeld, and
Nicolson, Great Britain 1992.

Decretum Magistri Gratiani; Corpus Iuris Canonici,
MDCCCLXXIX A Emilius Friedberg.

Enciclopedia de las Ciencias Sociales. MDCCXXIX.

The Law Dictionary, Wesley Gilmer, jr. M. S. L.S 6th. edition
Anderson Pulishing Cincinnati. 1986.

Dictionary of Law, L.B. Curzon, Barrister, 4th. edit. Pitman Publishing 1994.

The Bluebook a Uniform System of Citation Fifteenth Edition
Copyright 1991 by the Columbia Law.

El Acta Constitutiva de la Constitución de 1824, Crónicas de la
Federación, Cámara de Diputados XLIX Legislatura.

The United States Government Manual. Office of the Federal
Register National Archives and Records Administration. Washington, D.
C. Revised May 30, 1997.